



**Università  
di Catania**

## **Università degli Studi di Catania**

---

**Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali**

**Dottorato di Ricerca in Scienze Politiche**

**XXXV CICLO**

### **TESI DI DOTTORATO**

**La riserva di legge in materia penale e la sua erosione  
nell'ordinamento costituzionale. Tra Potere legislativo, influenze  
europee e discrezionalità giudiziaria**

**Dottorando:**

**Dott. Vincenzo TELARO**

**Coordinatore:**

**Ch.mo Prof. Fabrizio SCIACCA**

**Tutor:**

**Ch.mo Prof. Felice GIUFFRÈ**

**S.S.D:**

**IUS/08 - DIRITTO COSTITUZIONALE**

---

**ANNO ACCADEMICO 2021 – 2022**

*A mia madre e a mio padre.*

*“Il legislatore deve essere  
l’eco della ragione e il giudice  
l’eco della legge” - (Pitagora).*

## INDICE

RINGRAZIAMENTI.....	V
PREMESSA: PERCHÉ IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE È ANCHE DIRITTO COSTITUZIONALE.....	VI
INTRODUZIONE .....	IX

### CAPITOLO I

“STORIA E FILOSOFIA” DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ IN MATERIA PENALE.....	1
1. <i>RULE OF LAW</i> E <i>RULE OF MEN</i> : I FONDAMENTI TEORICI DELLO STATO DI DIRITTO .....	1
2. LA <i>PREISTORIA</i> DELLA LEGALITÀ PENALE: DA ROMA ANTICA AGLI ALBORI DELL’ETÀ MODERNA... 12	
3. L’AFFERMAZIONE DEL PRINCIPIO DI STRETTA LEGALITÀ PENALE IN EUROPA.....	20
4. LA LEGALITÀ PENALE NELLE CODIFICAZIONI DEGLI STATI ITALIANI PREUNITARI .....	24
5. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE DAL REGNO D’ITALIA ALL’ORDINAMENTO INTERNAZIONALE E SOVRANAZIONALE EUROPEO TRA MONARCHIA, STATO TOTALITARIO E REPUBBLICA .....	35
6. CRISI DELLA RISERVA DI LEGGE TRA FONTI INTERNE E INFLUENZE EUROPEE, SEPARAZIONE DEI POTERI E GIUDICE LEGISLATORE ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI SOVRANITÀ POPOLARE .....	46

### CAPITOLO II

LA RISERVA DI LEGGE PENALE TRA COSTITUZIONE REPUBBLICANA E CODICE ROCCO.....	54
1. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ DEI REATI E DELLE PENE .....	54
2. LA NATURA DELLA RISERVA DI LEGGE IN MATERIA PENALE.....	64
3. LE FONTI DEL DIRITTO PENALE.....	74
3.1. <i>La legge costituzionale, la legge formale ordinaria del Parlamento e la «problematica prassi» dei maxi-emendamenti con la questione di fiducia .....</i>	75
3.2. <i>Il decreto legislativo e il decreto legge in materia penale.....</i>	81
3.3. <i>Premessa “alla guerra”. La guerra nel diritto internazionale e nel diritto costituzionale .....</i>	90
3.3.1. <i>I decreti governativi in tempo di guerra e i bandi militari.....</i>	100
3.4. <i>Le leggi regionali in materia penale nel dibattito anteriore e posteriore alla riforma del Titolo V, della Parte II, della Costituzione. La questione degli illeciti amministrativi e i nuovi riflessi regionali delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali .....</i>	104
3.5. <i>I regolamenti governativi e il rinvio agli atti amministrativi individuali e concreti. Cenni alle norme penali in bianco .....</i>	115
3.6. <i>La consuetudine, l’equità e le linee guida nel settore sanitario .....</i>	122
3.7. <i>Le fonti (im)mediate del diritto penale: il diritto internazionale e il diritto straniero.....</i>	132

## CAPITOLO III

<b>IL CONTENUTO E L'APPLICAZIONE NEL TEMPO DELLA LEGGE PENALE. LE ECCEZIONI AL PRINCIPIO DI LEGALITÀ .....</b>	<b>136</b>
1. IL CONTENUTO DELLA LEGGE PENALE: TRA IL PRINCIPIO DI TIPICITÀ... ..	136
2. ... E IL DIVIETO DI ANALOGIA .....	140
3. IL FONDAMENTO COSTITUZIONALE DELLA LEGGE PENALE NEL TEMPO: IL PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ E QUELLO DI RETROATTIVITÀ FAVOREVOLE E I LORO RAPPORTI CON LA "INTANGIBILITÀ" DEL GIUDICATO. UNA NUOVA VISIONE DI UN PRINCIPIO SECOLARE? .....	146
4. LE ECCEZIONI ALLA LEGALITÀ: I PROFILI COSTITUZIONALI DELLA LEGISLAZIONE PENALE EMERGENZIALE.....	160

## CAPITOLO IV

<b>LE PRESCRIZIONI CEDU ALLA RISERVA DI LEGGE NAZIONALE: IL DIFFICILE RAPPORTO TRA LE "FONTI TRADIZIONALI" E LE "FONTI SOVRANAZIONALI" .....</b>	<b>175</b>
1. LA RIVOLUZIONE EUROPEA DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ IN MATERIA PENALE DAL SISTEMA MINIMO DI GARANZIA ALLA TUTELA MULTILIVELLO .....	175
2. LA CEDU NEL SISTEMA ITALIANO DELLE FONTI: <i>STORIA E PROSPETTIVE FUTURE DI UN PERCORSO IN SALITA!</i> .....	178
3. DALLA " <i>RISERVA DI LEGGE</i> " ALLA " <i>RISERVA DI DIRITTO</i> ": NOZIONE E CARATTERI DEL CONCETTO DI <i>LAW</i> AI SENSI DELL'ART. 7 DELLA CEDU. QUESTIONI DI DIRITTO COSTITUZIONALE .....	189
3.1. <i>I caratteri della "accessibilità" e della "prevedibilità" nella giurisprudenza italiana: i casi Contrada c. Italia e De Tommaso c. Italia</i> .....	199
4. LA NOZIONE AUTONOMA DI "MATERIA PENALE" E LE CONSEGUENZE SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE SOSTANZIALMENTE PENALI NELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA E NAZIONALE: IL PROBLEMA DELLA CONFISCA E DEL DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO.....	207
4.1. <i>I riflessi sulla legalità penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale</i> .....	217
5. OBBLIGHI POSITIVI CONVENZIONALI DI TUTELA PENALE E RISERVA DI LEGGE NAZIONALE: DAL "REATO DI TORTURA" ALLA "PENA DELL'ERGASTOLO OSTATIVO". UN PROBLEMA DI DIRITTI UMANI... ..	221

## CAPITOLO V

<b>LE PRESCRIZIONI DELL'UNIONE EUROPEA ALLA RISERVA DI LEGGE NAZIONALE: ALTRE FONTI, STESSA STORIA?.....</b>	<b>228</b>
1. DALL'EUROPA DEI MERCATI ALL'EUROPA DEI DIRITTI? .....	228
2. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ IN MATERIA PENALE NELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA (CDFUE) .....	237
3. FONTI PENALI E UNIONE EUROPEA. IL PRINCIPIO DI ATTRIBUZIONE COME "STELLA POLARE" PER IL LEGISLATORE .....	243
4. CONTROLIMITI COSTITUZIONALI E PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA: UN CONFLITTO DI SOVRANITÀ GIÀ IN ATTO. UNA (IM)POSSIBILE MODIFICA AI TRATTATI ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DELLA RISERVA DI LEGGE IN MATERIA PENALE .....	249
5. I POTERI DEL GIUDICE NAZIONALE COME "LIMITE" AL PRIMATO.....	254

## CAPITOLO VI

<b>LA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIARIA NEGLI ORIENTAMENTI DOTTRINALI E NEGLI ISTITUTI DI DIRITTO PENALE POSITIVO .....</b>	<b>260</b>
1. NOZIONE E POSSIBILI CLASSIFICAZIONI DELLA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIARIA PENALE .....	260
2. LA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIARIA NEGLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA .....	266
3. LA DISCREZIONALITÀ “PURA” NEGLI ISTITUTI DI DIRITTO POSITIVO .....	272
4. LA DISCREZIONALITÀ “IMPURA” NEGLI ISTITUTI DI DIRITTO POSITIVO .....	278

## CAPITOLO VII

<b>LA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIARIA NELLA GIURISPRUDENZA. TRA LIMITI INTERPRETATIVI E POSSIBILI SCONFINAMENTI.....</b>	<b>292</b>
1. DALLA FATTISPECIE ASTRATTA ALLA FATTISPECIE CONCRETA TRA “CERTEZZA DEL DIRITTO”, “CRISI DELLA LEGGE” E “GIURISPRUDENZA CREATIVA” .....	292
2. L’INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE PENALE.....	301
3. LA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLE LEGGI DI INTERPRETAZIONE AUTENTICA IN MATERIA PENALE .....	304
4. DISCREZIONALITÀ GIUDIZIARIA “CREATIVA” E POSSIBILI SCONFINAMENTI DEI LIMITI INTERPRETATIVI IN SENSO SFAVOREVOLE AL REO: L’ESAME DELLA PRASSI .....	306
5. DISCREZIONALITÀ GIUDIZIARIA “CREATIVA” E POSSIBILI SCONFINAMENTI DEI LIMITI INTERPRETATIVI IN SENSO FAVOREVOLE AL REO: L’ESAME DELLA PRASSI.....	314

## CAPITOLO VIII

<b>IL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ SULLE NORME PENALI TRA PRINCIPIO DI LEGALITÀ, DISCREZIONALITÀ ED ESERCIZIO DI POLITICA LEGISLATIVA .....</b>	<b>317</b>
1. IL SINDACATO DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULLE NORME PENALI CON EFFETTI <i>IN MALAM PARTEM</i> E IL DELICATO RAPPORTO CON IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ .....	317
1.1. <i>Gli effetti intertemporali delle sentenze della Corte costituzionale in malam partem</i> .....	324
2. IL SINDACATO DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULLE NORME PENALI CON EFFETTI <i>IN BONAM PARTEM</i> E IL DELICATO CONFINE CON L’ESERCIZIO DI POLITICA LEGISLATIVA.....	326
2.1. <i>Gli effetti processuali delle sentenze della Corte costituzionale in bonam partem</i> .....	327
3. POLITICA LEGISLATIVA E SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ <i>IN BONAM PARTEM</i> : DALLA PROPORZIONALITÀ DELLE PENE AL CASO <i>CAPPATO</i> .....	329
3.1. <i>Le “pene naturali”. Brevi prime note intorno all’ordinanza 20 febbraio 2023 del Tribunale di Firenze</i> .....	336
4. POLITICA LEGISLATIVA E ATTIVITÀ TASSATIVIZZANTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE .....	338
5. UNA LUCE IN FONDO AL TUNNEL? IL NUOVO CORSO NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE DELLE ORDINANZE CON RINVIO A DATA FISSA RELATIVE ALL’INCOSTITUZIONALITÀ “PROSPETTATA MA NON DICHIARATA” .....	341

## CAPITOLO IX

<b>CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE. L'EROSIONE DELLA RISERVA DI LEGGE IN MATERIA PENALE: QUESTIONI RILEVATE E POSSIBILI SOLUZIONI.....</b>	<b>346</b>
1. LO STATO COSTITUZIONALE E LE CAUSE DEL PROCESSO DI EROSIONE DELLA RISERVA DI LEGGE IN MATERIA PENALE.....	346
2. IL PRIMO PROBLEMA: L'EROSIONE DELLA RISERVA DI LEGGE E IL "CONFLITTO" TRA PARLAMENTO E GLI ALTRI ORGANI DOTATI DI POTESTÀ NORMATIVA O AMMINISTRATIVA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO 350	
3. IL SECONDO PROBLEMA: L'EROSIONE DELLA RISERVA DI LEGGE E IL "CONFLITTO" DI SOVRANITÀ TRA LO STATO E GLI ORGANI SOVRANAZIONALI.....	356
4. IL TERZO PROBLEMA: L'EROSIONE DELLA RISERVA DI LEGGE IN MATERIA PENALE, L'ESERCIZIO DI POTERI DI POLITICA CRIMINALE DA PARTE DI ORGANI NON AVENTI POTESTÀ NORMATIVE E IL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI SEPARAZIONE DEI POTERI NEL "CONFLITTO" TRA IL POTERE LEGISLATIVO E IL POTERE GIUDIZIARIO.....	363
5. IL PROBLEMA DEI PROBLEMI: L'EROSIONE DELLA RISERVA DI LEGGE PENALE E LA FONDAMENTALE LOGICA DI COMPROMESSO CHE EMERGE DALL'IMPIANTO COSTITUZIONALE .....	374
6. UNA SOLUZIONE <i>DE IURE CONDENDO</i> (MA NON TROPPO): UNA NUOVA FORMA DI GOVERNO PER LA REPUBBLICA ITALIANA .....	376
 <b>RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.....</b>	<b>381</b>
 <b>INDICE DELLA GIURISPRUDENZA.....</b>	<b>447</b>

## RINGRAZIAMENTI

*Ringrazio, innanzitutto, il mio Maestro, il Ch.mo Prof. Felice GIUFFRÈ, che mi ha seguito con costanza e dedizione durante il mio percorso di dottorato di ricerca presso l'Università degli Studi di Catania, sia sotto il profilo professionale e, in particolar modo per il presente lavoro, che dal punto di vista umano.*

*Un sentito ringraziamento va anche alla Ch.ma Prof.ssa Ida Angela NICOTRA per la disponibilità e la cortesia che quotidianamente mi dimostra, per i preziosi suggerimenti di studio e di ricerca e per avermi accolto con un sincero benvenuto presso la cattedra di diritto costituzionale del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania.*

*Ringrazio, inoltre, i valutatori esterni della Tesi, Ch.mi Professori Giuseppe LANEVE e Edoardo C. RAFFIOTTA, nonché il Coordinatore del Dottorato di Ricerca in Scienze Politiche dell'Università di Catania, Ch.mo Fabrizio SCIACCA, e il Collegio dei Docenti.*

*Ringrazio, altresì, i miei "primi" Maestri, la Ch.ma Prof.ssa Anna Lucia VALVO e il Ch.mo Prof. Fausto VECCHIO, nonché il Ch.mo Prof. Paolo BARGIACCHI, con i quali collaboro fin dai tempi immediatamente successivi alla Laurea magistrale in Giurisprudenza, per avermi supportato nell'avvio dell'attività accademica e per avere costantemente contribuito ad accrescere il mio vivo interesse per la ricerca.*

*Ringrazio, in aggiunta, quei docenti dell'intero mio percorso d'istruzione scolastico e universitario - di cui il presente lavoro rappresenta la sua massima espressione - che hanno saputo trasmettermi con sapienza l'interesse per lo studio, la capacità di ragionamento, lo spirito critico e i "primordiali" strumenti per il lavoro di ricerca futuro.*

*Un affettuoso ringraziamento va pure ai Colleghi di dottorato del Ciclo XXXV e a quelli di cattedra con i quali ho condiviso gli anni in cui ho svolto il presente lavoro di ricerca, in particolar modo, alle Dottoresse LEOTTA, SAGONE, FINOCCHIARO, CALIPARI, PONTILLO e BOSCARINO e al Dottor MAGNANO, con i quali ho intrattenuto interessate discussioni in ordine alle più svariate questioni giuridiche, anche dal punto di vista della filosofia e della sociologia del diritto.*

*Ringrazio, infine, la mia famiglia e tutti coloro che mi hanno accompagnato, dal punto di vista affettivo, durante il lavoro di ricerca che ha permesso la stesura del presente elaborato.*

## **PREMESSA: PERCHÉ IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE È ANCHE DIRITTO COSTITUZIONALE**

*L'idea iniziale del lavoro era quella di occuparmi del ruolo del legislatore e del giudice nell'ordinamento italiano alla luce delle trasformazioni del principio di legalità in materia penale.*

*Ben presto, tuttavia, mi resi conto che le trasformazioni attualmente subite dal principio di legalità in materia penale risultano essere talmente estese che non le avrei potute affrontare in un tempo ragionevole in relazione a tutti i corollari della legalità penale.*

*Decisi, quindi, anche sulla base dei preziosi suggerimenti provenienti dai miei Maestri, di occuparmi in via prevalente delle trasformazioni in atto che sta subendo il principio della riserva di legge in materia penale.*

*Rimane, tuttavia, la speranza di riuscire a trattare in futuro in modo più approfondito, magari soltanto con un contributo in una Rivista scientifica, anche gli ulteriori profili diversi dalla riserva di legge.*

*Il tema della legalità penale è stato, a volte, trascurato dalla dottrina costituzionalistica, probabilmente sulla base della considerazione che, essendo un principio classico del diritto penale, ancorché sancito nella Costituzione, sarebbe rimasto immutato nella sua interpretazione e che, quindi, avrebbero dovuto occuparsene soltanto i penalisti.*

*Il tema, tuttavia, così come emerge dal lavoro, non risulta affatto immutato nel tempo. Piuttosto è oggetto di profonde novità derivanti dalle influenze europee e dall'ampliamento degli spazi di discrezionalità giudiziaria che la giurisprudenza ha ritenuto di attribuirsi nel tempo in assenza di un legislatore troppo spesso inerte, che meritano, a mio modesto avviso, una riflessione anche dal punto di vista del diritto costituzionale.*

*Pone, infatti, serie questioni in ordine ai rapporti tra le prerogative del legislatore nazionale e quelle degli organi sovranazionali, nonché fra il legislatore e i giudici.*

*Mette in discussione, inoltre, alcune categorie classiche del diritto costituzionale: ad esempio, il concetto di "sovranità" e il "principio di separazione dei poteri".*



*Il tema sembra statico, fermo alle concezioni illuministe, ma non lo è!*

*Parafrasando Galileo GALILEI, si potrebbe dire: “E pur si muove!”.*

*Le trasformazioni subite dal principio di legalità sono la dimostrazione di quella affermazione che diceva “il diritto è delle esigenze sociali il più fedele interprete!” e che lessi negli anni liceali in un testo a cura del Prof. A. CORBINO e del Prof. F. MILAZZO<sup>1</sup>.*

*Non poteva di certo sottrarsi a tali esigenze il principio di legalità, nato per soddisfare i bisogni della società post-rivoluzionaria francese e che vive ogni giorno nelle aule penali dei tribunali come garanzia cardine dell’ordinamento riconosciuta al cittadino odierno.*

*Decisi di occuparmi del tema anche perché sapevo che avrei potuto coniugare i miei studi accademici di diritto costituzionale con le conoscenze di diritto penale apprese grazie a studi personali e ad esperienze professionali extra-accademiche. Coniugare le materie giuridiche che più mi appassionano mi sembrava una buona idea e credo, col senno di poi, qualunque sia il risultato raggiunto, di avere fatto la scelta giusta.*

*Il lavoro è frutto di una costante ricerca, nel senso letterale del termine, avendo fatto quotidianamente una nuova scoperta.*

*All’inizio del lavoro sapevo poco in merito al punto da cui sarei dovuto partire e sapevo ancora meno in ordine a come avrei dovuto concludere. Ma la “bellezza” della ricerca è anche questa. Se si conoscessero già le risposte alle domande fare ricerca scientifica diventerebbe un esercizio sterile privo di utilità per sé stessi.*

*Nello svolgere il lavoro ho cercato di mantenere un adeguato grado di approfondimento scientifico e, sicuramente, non sempre ci sarò riuscito. Non tocca a me giudicare, ma ciò che spero è di avere dato un piccolo contributo, dal punto di vista del diritto costituzionale, all’ampio (forse fin troppo) tema della legalità penale*

*Il diritto costituzionale essendo alla base dell’ordinamento, permette al costituzionalista (o meglio, lo obbliga) ad occuparsi anche degli altri rami del diritto.*

*Come potrebbe, ad esempio, trattare di fonti del diritto, di diritto d’asilo e di altre libertà fondamentali, di guerra, di territorio, di Parlamento, di sistemi*

---

<sup>1</sup> A. CORBINO, F. MILAZZO (a cura di), *Diritto e storia. L’esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei*, Padova, 1995.

*elettorali e partiti senza occuparsi talvolta anche della disciplina comparata, europea e internazionale?*

*Ogni lavoro privo a tali riferimenti sarebbe ritenuto al giorno d'oggi incompleto.*

*Come potrebbe, inoltre, occuparsi di libertà personale, di diritto di difesa, di principi in materia penale sanciti nella Costituzione, di obbligatorietà della legge penale e di giusto processo, non avendo anche un'anima penalistica?*

*Come sarebbe possibile, altresì, occuparsi di eguaglianza, di libertà di associazione, sindacale, di diritti dei lavoratori, di impresa e di proprietà privata, di famiglia, di diritti delle donne e dei minori, nonché degli inabili senza occuparsi, nel medesimo tempo, di diritto civile, del lavoro e del diritto commerciale?*

*Come potrebbe, infine, occuparsi di principi costituzionali in materia di PA, di riparto di competenze Stato e Regioni o di principio di sussidiarietà non trattando di diritto amministrativo o scrivere di bilancio o di doveri costituzionali tralasciando il diritto tributario?*

*Dagli esempi sopra menzionati emerge con chiarezza che non esistono argomenti settoriali di cui i costituzionalisti non possono e non debbano occuparsi.*

*Il testo costituzionale, infatti, per il pluralismo che lo contraddistingue, prende in considerazione tutte le situazioni giuridiche che possono venire in rilievo nella società, che vengono disciplinate in modo dettagliato dai diversi rami del diritto, ma che nel farlo devono sempre tenere conto dei principi sanciti a livello costituzionale.*

*Ragione per cui mi è sembrato, a torto o a ragione lo potrà dire soltanto il tempo, che trattare il tema del principio di legalità in materia penale potesse suscitare l'interesse anche degli studiosi del diritto costituzionale.*

## INTRODUZIONE

Il lavoro, come desumibile dal titolo, riguarda il principio della riserva di legge in materia penale di cui all'art. 25, commi 2 e 3 Cost. e la sua erosione nell'ordinamento costituzionale.

Si tratta di un principio che trova fondamento, se pur in ciascun ambito con proprie peculiarità, anche nelle carte internazionali in materia di diritti fondamentali. In particolare, all'art 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU); all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE); all'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (Patto ONU II).

Ci si è concentrati soprattutto sull'erosione del corollario della riserva di legge in materia penale, “filo rosso” che lega l'intero lavoro, perché sembra che tale principio stia subendo una progressiva erosione sia sul piano interno che per effetto delle influenze in materia da parte delle fonti sovranazionali europee.

L'erosione, inoltre, sembra essere provocata dagli spazi di discrezionalità giudiziaria che, talvolta, appaiono poco conformi alla riserva di legge in materia penale.

Si assiste, infatti, a un progressivo ampliamento di discrezionalità da parte dei giudici ordinari e da parte della Corte costituzionale, che sembrano superare i limiti delle prerogative sovrane attribuite dalla Costituzione al legislatore.

Ci si sofferma, dunque, sulle questioni di diritto costituzionale che scaturiscono nella teoria e nell'applicazione pratica di tale principio, pur non tralasciando anche le principali problematiche di diritto penale.

Come si è detto nella *Premessa*, infatti, non si può disquisire di diritto costituzionale senza occuparsi, al contempo, anche delle altre branche del diritto.

Nel Capitolo I si procede alla ricerca dei fondamenti filosofici del principio di legalità in materia penale e alla disamina dell'evoluzione storica di tale principio.

In tale sede ci si è occupati pure dell'evoluzione dello “Stato di diritto”, del concetto di “sovranità” e del principio di “separazione dei poteri”, categorie classiche del diritto costituzionale - approfonditi poi anche nelle considerazioni conclusive (Capitolo IX) - e che sembrano essere posti in discussione a causa del processo di erosione della riserva di legge,

Dopodiché, nei Capitoli II e III, ci si sofferma sulla natura della riserva di legge e sulle fonti abilitate (o non abilitate) ad intervenire nel diritto penale: leggi costituzionali; leggi ordinarie e atti aventi forza di legge con il connesso problema dei c.d. maxi-emendamenti; leggi regionali; regolamenti governativi e provvedimenti amministrativi individuali; consuetudini, equità e linee guida nel settore sanitario; diritto straniero e internazionale.

Nel Capitolo III si tratta degli altri corollari del principio di legalità penale (i principi di tipicità e sufficiente determinatezza, il principio di irretroattività in *malam partem* della legge penale e il divieto di analogia), nonché delle deroghe o eccezioni a tale principio.

Nel Capitolo III, in aggiunta, si tratta del principio di retroattività favorevole della legge penale, del suo fondamento costituzionale e degli effetti che esso provoca sul giudicato di condanna. A tal proposito, infatti, nella giurisprudenza più recente è stato avviato un progressivo processo di erosione del giudicato penale, con cui è stata avanzata una nuova visione di un principio secolare.

Nei Capitolo IV e V, ci si sofferma sulle influenze esercitate a livello europeo nell'ordinamento nazionale in tema principio di legalità penale sia ad opera del diritto CEDU che per effetto dell'applicazione del diritto dell'Unione europea.

Non sempre, infatti, i dettami europei appaiono conformi al corollario della riserva di legge in materia penale, al concetto di sovranità dello Stato e al principio di separazione dei poteri tra giudice e legislatore.

Le questioni trattate riguardano l'accoglimento nell'ordinamento sovranazionale della "riserva di diritto" in luogo della classica "riserva di legge", il tema delle sanzioni amministrative da ritenersi sostanzialmente penali in base ai criteri *Engel* elaborati dalla Corte EDU e il conseguente problema del *ne bis in idem*, nonché la questione degli obblighi positivi in materia penale, con particolare riferimento al reato di tortura e alla pena dell'ergastolo ostativo.

Riguardano, inoltre, i poteri e le competenze dell'Unione europea in materia penale, i connessi problemi di rispetto dei controlimiti costituzionali – già presentatesi nella prassi giurisprudenziale nella nota "saga" Taricco – e il ruolo rivestito dal giudice nazionale nella difficile opera interpretativa di adeguamento al diritto dell'UE.

Nel Capitolo VI, si dedica una parte agli spazi di discrezionalità giudiziaria espressa riconosciuti al giudice negli istituti di diritto positivo e sulle diverse posizioni assunte dalla dottrina in tema.

A tal riguardo, si propone pure una nuova classificazione della discrezionalità penale, distinguendo la discrezionalità “pura” dalla discrezionalità “impura”. Numerosi sono gli esempi riportati al riguardo nei paragrafi nn. 3 e 4 del Capitolo VI.

Nel Capitolo VII si tratta degli spazi di discrezionalità giudiziaria che la giurisprudenza sembra avere esercitato nell’opera interpretativa della legge e che sembrano dare luogo ad alcuni problemi in ordine al rispetto del principio della riserva di legge in materia penale e alla separazione dei poteri.

Anche in tale caso sono stati riportati numerosi esempi al riguardo, sia con riferimento alla prassi interpretativa sfavorevole al reo che con riferimento a quella favorevole al reo.

Nel medesimo capitolo, inoltre, ci si occupa delle cause della “crisi della legge”, dei concetti di “certezza del diritto” e di “giurisprudenza creativa”, nonché delle tecniche di interpretazione della legge penale e dei relativi limiti.

Il Capitolo VIII è dedicato al sindacato della Corte costituzionale sulle norme penali, poiché, l’intervento della Consulta, talvolta, sembra stridere con il principio di legalità penale e sembra essere espressione dell’esercizio di politica criminale riservata alla pura discrezionalità del legislatore.

In particolare, dopo avere trattato il sindacato di costituzionalità in *malam* e in *bonam partem*, ci si sofferma sul problema riguardante la proporzionalità delle pene, su quello di cui si è occupata la Corte costituzionale in occasione del noto caso Cappato e sull’attività tassativizzante di alcune norme penali sospette di incostituzionalità per violazione del principio di tipicità.

Ci si occupa, inoltre, anche della nuova tecnica decisoria adoperata dalla Consulta relativa alle ordinanze con rinvio a data fissa dove l’illegittimità costituzionale è «prospettata ma non dichiarata».

Nel Capitolo IX, in conclusione, ci si sofferma sulle cause dell’erosione della riserva di legge in materia penale, sui problemi che scaturiscono in tema di fonti del diritto penale e in merito al rispetto di alcune categorie classiche del diritto costituzionale, come il concetto di “sovranità” e il “principio di separazione dei poteri”.

Nel lavoro, inoltre, si pone in luce quello che è stato definito “il problema dei problemi”: ossia la messa in discussione, a causa del processo di erosione della riserva di legge penale, della logica di compromesso che emerge dall’impianto costituzionale.

Pur consapevoli, infine, delle difficoltà di trovare una soluzione ai problemi rilevati che rappresenti la panacea di tutti i mali, considerata l'ampia importanza delle questioni trattate, si è tentato di proporre una *de iure condendo*, ossia quella che ci è sembrata essere maggiormente efficace al riguardo: una nuova forma di governo per la Repubblica italiana che preveda un Governo con un ruolo più forte rispetto a quello attuale.

I temi trattati, quindi, sono molteplici e si è cercato di dedicare a ciascuno uno spazio relativamente adeguato.

Il lavoro presenterà con certezza delle lacune oppure in alcuni tratti risulterà meno chiaro o meno approfondito rispetto ad altri.

Il mio auspicio, tuttavia, è quello di avere contribuito, soprattutto dal punto di vista del diritto costituzionale, all'amplissima discussione che riguarda il principio di riserva di legge in materia penale.

# CAPITOLO I

## “STORIA E FILOSOFIA” DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ IN MATERIA PENALE

SOMMARIO: 1. *Rule of Law* e *Rule of Men*: i fondamenti teorici dello Stato di diritto. 2. La *preistoria* della legalità penale: da Roma antica agli albori dell'età moderna. 3. L'affermazione del principio di stretta legalità penale in Europa. 4. La legalità penale nelle codificazioni degli Stati italiani preunitari. 5. Il principio di legalità penale dal Regno d'Italia all'ordinamento internazionale e sovranazionale europeo tra Monarchia, Stato totalitario e Repubblica. 6. Crisi della riserva di legge tra fonti interne e influenze europee, separazione dei poteri e giudice legislatore alla luce del principio di Sovranità popolare.

### **1. *Rule of Law* e *Rule of Men*: i fondamenti teorici dello Stato di diritto**

La legalità è caratteristica essenziale e qualificante dello Stato di diritto, ossia quello Stato in cui tutti sono sottoposti alla legge, compreso chi detiene il potere, in base all'antico brocardo *lex facit regem*.

Come affermato da autorevole dottrina, infatti, gli elementi essenziali dello Stato di diritto sono tre: il principio della separazione dei poteri, la tutela delle libertà e dell'eguaglianza e il principio di legalità<sup>1</sup>.

La legge nello Stato di diritto diviene, quindi, atto di espressione della “volontà generale”. Tale idea ben si concilia con le aspirazioni tipiche del costituzionalismo di ispirazione giacobina, sviluppatosi nell'Europa continentale a partire dalla Rivoluzione francese del 1789. È opportuno qui evidenziare, inoltre, che il costituzionalismo di ispirazione giacobina deve essere tenuto distinto dal c.d. costituzionalismo anglosassone, affermatosi, dapprima, in Inghilterra in seguito alla gloriosa rivoluzione inglese del 1669 e, successivamente, nel Nord America con la Dichiarazione di indipendenza americana del 1776<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> G. SILVESTRI, *Lo Stato di diritto nel XXI secolo*, in *Riv. AIC*, 2, 26 maggio 2011, p. 2.

<sup>2</sup> La distinzione è autorevolmente evidenziata in A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari-Roma, 2020, p. 3 ss. In tema, fra gli altri, si veda anche M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. La*

Il costituzionalismo di ispirazione giacobina, infatti, influenzato dalle concezioni di Jean Jacques ROUSSEAU, vede nella legge dell'Assemblea, sede dei rappresentanti della Nazione, il mezzo migliore per esprimere la "volontà generale" e guarda con sfavore qualsiasi potere intermedio che si ponga d'ostacolo tra il cittadino e lo Stato<sup>3</sup>.

Il giudice, in tale sistema, deve essere mera "bocca della legge" e, quindi, fedele interprete della volontà del popolo espressa attraverso i suoi rappresentanti<sup>4</sup>.

Nel costituzionalismo di ispirazione anglosassone, invece, ampio rilievo è dato ai corpi intermedi e al pluralismo delle Istituzioni, la legge è sottoposta al controllo dei giudici e l'attività giurisdizionale rientra tra le fonti di produzione del diritto<sup>5</sup>.

Nello Stato di diritto, dunque, è preferito il "governo della legge" rispetto al "governo degli uomini", modelli dell'antica questione risalente a PLATONE, il quale, nella sua opera la *Repubblica*, si chiedeva quale fosse la scelta migliore tra i due tipi di Stato.

---

storia, le teorie, i testi, Roma, 2016; C. MARTINELLI, *Le radici del costituzionalismo. Idee, Istituzioni e trasformazioni dal Medioevo alle Rivoluzioni del XVIII secolo*, Torino, 2016; ID., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2014; F. MASTROBERTI, *Costituzioni e costituzionalismo tra Francia e Regno di Napoli, 1796-1815*, Bari, 2014; G. REBUFFA, *Costituzioni e costituzionalismi*, Torino, 2009; M. FIORAVANTI, *Aspetti del costituzionalismo giacobino. La funzione legislativa nell'Acte constitutionnel del 24 giugno 1793*, in *Historia Constitucional*, 8, 2007, 123 ss.; C. H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990; C. GHISALBERTI, *Le Costituzioni «giacobine» (1796-1799)*, Milano, 1957.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> A tal proposito, si ricorda che il Giudice Edward COKE già nel 1610, nel noto caso *Bonham's case*, giudicò nullo un atto del Parlamento perché contrario alla *Common law*. Il controllo delle leggi da parte dei giudici ha trovato poi affermazione nel Nord America nel 1803 con il celebre caso *Marbury vs Madison* perché tale atto risultava in contrasto con la Costituzione. Nell'Europa continentale, invece, espressione del costituzionalismo giacobino, un primo potere di controllo da parte dei giudici sulla costituzionalità della legge è stato previsto soltanto a partire dal 1920 nella Costituzione austriaca, imitata da quella cecoslovacca dello stesso anno, seguita poi da quella spagnola del 1931 e dalle altre Costituzioni europee del dopoguerra. Sul punto Cfr., fra gli altri, A. BARBERA, *op. cit.*, p. 11- 12; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, p. 326 ss.



È a partire dal suddetto antico interrogativo, infatti, che vanno ricostruiti i fondamenti teorici dello Stato di diritto<sup>6</sup>.

PLATONE, come abbiamo già detto, si interroga su quale fosse lo Stato ideale e in un primo tempo afferma con certezza che risulta sicuramente migliore il c.d. “governo degli uomini”<sup>7</sup>.

Nella *Repubblica* teorizza, infatti, che lo Stato ideale è formato da tre tipologie di cittadini: i governanti; i guerrieri; gli artigiani e agricoltori. I governanti, secondo PLATONE, devono essere i filosofi, i quali, essendo dotati della sapienza, educeranno gli altri cittadini nel modo migliore, così da rendere inutile la legge. I cittadini, infatti, godendo dell’opera educativa dei filosofi, osserveranno sempre il bene; i filosofi, allo stesso tempo, essendo dotati di sapienza e buoni per definizione, non potranno mai commettere arbitri; ai guerrieri, invece, spetta il compito di difesa e custodia dello Stato. È compito, infine, della terza tipologia, ossia quella degli artigiani e degli agricoltori, occuparsi dei mezzi di sussistenza dello Stato<sup>8</sup>.

PLATONE nel suo Stato ideale, come è stato osservato da autorevole dottrina, non considera però i vari membri della società come elementi a sé, ma le tre categorie sono viste come elementi di un unico armonico organismo e strumento per raggiungere la giustizia<sup>9</sup>.

Successivamente, tuttavia, PLATONE si rese conto con l’esperienza che il suo Stato ideale risultava impossibile da realizzare, un progetto utopico, a causa della mancanza nella realtà di uomini che potessero rappresentare il governante perfetto.

Il valore delle leggi, così, è rivalutato da PLATONE in due successive opere, ossia il *Politico* e le *Leggi*. In tali opere il filosofo, preso atto dell’impossibilità di avere un governante perfetto, ritiene che il “governo della legge” sia l’unica forma possibile di realizzazione, ancorché i difetti che la connotano. La legge, infatti, secondo PLATONE, a causa della sua generalità e astrattezza, non potrà mai

---

<sup>6</sup> Sul punto si veda anche G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 1 ss.

<sup>7</sup> Cfr. PLATONE, *Repubblica*, II, III, IV.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto, I, Antichità e medioevo*, Bari-Roma, 2020, p. 50, il quale osserva pure che «la giustizia platonica è perfezione etica, e trascende ogni significato “giuridico”; la sua realizzazione non è compito della legge, ma dell’educazione, che forma i “filosofi” conoscitori dei veri valori».

adeguarsi alle molteplici situazioni concrete in modo perfetto. È l'unica in grado, tuttavia, di superare l'instabilità e la diffidenza tra gli esseri umani<sup>10</sup>.

Le leggi, dunque, se pur rivalutate, rimangono «tracce della costituzione assolutamente vera [...] una copia imperfetta dell'assoluto mondo ideale»<sup>11</sup>.

Per PLATONE, quindi, la diffidenza, la non fiducia dell'uomo nei confronti dei suoi pari, porta all'irrealizzazione del "governo degli uomini". Alla base di un sistema non disciplinato dalla legge ma dalla regola decisa in base al caso concreto si rende necessaria, pertanto, una fiducia che spesso manca negli uomini.

D'altronde, un autorevole giurista del Novecento, CALAMANDREI, ha notato che i sistemi di *Common Law*, nei quali il giudice, spesso, è fonte del diritto (e, quindi, basati per certi aspetti sul c.d. "governo degli uomini"), si reggono sulla fiducia dei cittadini nei confronti del potere, caratteristica che, invece, sembra mancare nei Paesi di *Civil Law*, nei quali la legge appare essere l'unica garante contro gli arbitri di chi detiene il potere di legiferare e di interpretare la legge<sup>12</sup>.

Di tale mancanza di fiducia era ben consapevole anche ARISTOTELE, discepolo di PLATONE, il quale, nella *Politica*, interrogandosi su quale fosse il governo migliore, ritenne di rispondere il "governo della legge"<sup>13</sup>.

ARISTOTELE, tuttavia, in un'altra opera, l'*Etica Nicomachea*, condivide le critiche già mosse alla legge dal suo maestro PLATONE e sembra accogliere un governo a prevalenza della legge. Egli afferma che la legge è generale, ma quando

---

<sup>10</sup> Ivi, p. 54 ss.

<sup>11</sup> Ivi, pp. 55-56.

<sup>12</sup> P. CALAMANDREI, *La crisi della giustizia*, in Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova (a cura di), *La crisi del diritto*, Padova, 1953, p. 157 ss.

<sup>13</sup> ARISTOTELE, *Politica*, III, 16 in cui afferma «È preferibile, senza dubbio, che governi la legge più che un qualunque cittadino e, secondo questo stesso ragionamento, anche se è meglio che governino alcuni, costoro bisogna costituirli guardiani delle leggi e subordinati alle leggi: è necessario sì che vi siano delle magistrature, ma non è giusto, dicono, che questo solo governi, quando tutti sono uguali. Certo, tutti questi casi che la legge si rivela incapace di definire, neppure un uomo potrebbe conoscerli. Però la legge, data una conveniente istruzione, impone ai magistrati di giudicare e di amministrare il resto secondo il parere più giusto; inoltre da loro la possibilità di introdurre quell'emendamento che ad essi, dopo varie esperienze, sia sembrato migliore delle disposizioni stabilite. Quindi chi raccomanda il governo della legge sembra raccomandare esclusivamente il governo di dio e della ragione, mentre chi raccomanda il governo dell'uomo, v'aggiunge anche quello della bestia perché il capriccio è questa bestia e la passione sconvolge, quando sono al potere, anche gli uomini migliori. Perciò la legge è ragione senza passione».

un fatto non rientra in tale generalità, occorre che gli uomini correggano la lacuna e propone il correttivo dell'*epiékēia*, ossia l'equità<sup>14</sup>.

Il modello aristotelico, quindi, sembra essere un “governo della legge” nel quale gli uomini non vengono posti del tutto in disparte, ma intervengono laddove la legge fallisce.

Se ben si nota, tra l'altro, tale modello è tipico anche di alcune attuali forme di Stato dell'Europa continentale, laddove, se pur nei soli casi previsti espressamente dalla legge, è permesso il ricorso del giudice all'equità o comunque il potere di “disattendere” al legislatore per ragioni di giustizia.

Nel caso italiano, in particolare, il ricorso all'equità è previsto, innanzitutto, nell'ambito del diritto privato (ad esempio in materia contrattuale o per controversie tra privati di tenue valore o su richiesta degli stessi in tema di diritti disponibili)<sup>15</sup>. Per quanto riguarda il diritto penale si pensi al potere del giudice di “disattendere” alla legge in casi specifici e nei limiti stabiliti dal legislatore (ad esempio con l'applicazione del c.d. perdono giudiziale nel processo minorile o con le pronunce di assoluzione per particolare tenuità del fatto), che saranno esaminati meglio nei capitoli che seguiranno, a cui qui si rimanda.

Ritornando alla questione dei fondamenti teorici dello Stato di diritto, occorre osservare che la preferenza per il “governo della legge”, già espressa nell'Antica Grecia – ma anche presente in nuce nel pensiero romano e medievale<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Cfr. G. FASSÒ, *op. cit.*, p. 65 ss. Si veda pure sul punto J. FRANK, *Aristotle on the Rule of Law and the Rule of men*, in *International Studies Review*, 7, 3, 2005, p. 508 ss.

<sup>15</sup> Sul punto si rimanda, fra gli altri, agli interessanti ed esaustivi paragrafi sull'equità in ambito privatistico in R. GIOVAGNOLI, *Il Contratto*, Torino, 2019, p. 360 ss., nonché per una visione più approfondita a R. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità, Milano, 2010.

<sup>16</sup> Come pone in luce G. FASSÒ, *op. cit.*, pp. 248-249, la preferenza per il “governo della legge” è stata espressa in epoca medievale da MARSILIO DA PADOVA, il quale, nel riprendere le idee aristoteliche, afferma la necessità che a governare sia la legge e non l'uomo, che però devono provenire dalla mente umana e non da un essere divino. Tale concezione della necessità del governo della legge induce FASSÒ ad affermare che «Insieme con quello della sovranità popolare, Marsilio enuncia [...] sia pure nei limiti in cui poteva essere enunciato nel Trecento [...] il principio dello Stato di diritto». Occorre osservare, inoltre, che l'idea dello Stato di diritto sembra essere stata già in nuce nel pensiero di M. T. CICERONE, *Epistulae ad familiares*, IX, 16, 3.; in quello della Patristica preagostiniana, ci si riferisce, in particolare, a SANT'AMBROGIO, *Apologia altera profetae David*, III, 8, 390 circa; in quello dello scrittore dell'Alto Medioevo ICAMARO DI REIMS, *De ordini palatii*, Cap. VIII, in A BORETIUS (a cura di), M. G. H., *Leges*, II, *Capitularia regum Francorum*, II, 1883, p. 250; nel pensiero dello scrittore del XII secolo RANULFO DI

e applicata in alcuni Regni romano-barbarici con il c.d. “governo limitato”, ossia con un *Rex* che regna avendo a disposizione il *gubernaculum* e la *iurisdictio*<sup>17</sup> – ha rappresentato una costante che ha poi caratterizzato in particolar modo il pensiero filosofico moderno posto alla base dell’affermazione dello Stato di diritto.

Lo Stato moderno, come è noto, si afferma intorno al XV e XVI secolo, periodo in cui il termine *status*, che fino ad allora aveva indicato la condizione giuridica di una persona o di una collettività (si pensi allo *status rei publicae*), viene ad assumere un significato del tutto nuovo, identificandosi con la sottoposizione di un determinato territorio e di coloro che vi abitano ad un unico potere sovrano<sup>18</sup>.

Con l’affermazione dello Stato moderno inizia il processo di scissione tra l’aspetto politico e gli altri aspetti della società, come quello morale o religioso, così come descritto per la prima volta da MACHIAVELLI nella sua opera *Il Principe*, il quale, già al capitolo I, afferma i caratteri della nuova forma di organizzazione del potere: «Tutti li stati, tutti e’ domini che hanno avuto et hanno imperio sopra li uomini, sono stati e sono o repubbliche o principati. E’ principati sono o ereditarii, de’ quali el sangue del loro signore ne sia suto lungo tempo principe, o e’ sono nuovi»<sup>19</sup>.

MACHIAVELLI, come evidenziato in dottrina, fonda la politica sul concetto di «virtù», intesa «non già una dote morale ma la capacità di utilizzare ai fini del potere di governo le opportunità del momento [...]. Di qui [infatti] l’origine dell’autonomia della categoria della politica rispetto a quelle del diritto, dell’etica e della teologia. Di qui anche l’origine dell’idea di “ragion di stato” [...] per l’individuazione delle linee d’azione necessarie o vantaggiose per il mantenimento o l’accrescimento del potere dello Stato [...]»<sup>20</sup>.

Con la nascita dello Stato moderno, la legge coincide con il comando (*rectius*: volontà) del sovrano – secondo il principio di ULPIANO del *quod principi*

---

GLANVILLE, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, 1554, prologo; in quello, infine, di GIOVANNI DI SALISBURY, *Policraticus*, 1159, IV, 2.

<sup>17</sup> Sul punto si vedano J. LE GOFFE, *Il Medioevo. Alle origini dell’identità europea*, Bari-Roma, 2023, p. 25 ss.; N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2016, p. 34 ss.

<sup>18</sup> C. FARALLI, *Stato*, in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari-Roma, 2020, p. 167.

<sup>19</sup> N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, 1513, Cap. 1.

<sup>20</sup> Così A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all’età contemporanea*, Bologna, 2016, p. 253.

*placuit, legis habet vigorem* (Dig. 1, 4, 1, pr.) - il quale è a sua volta non sottoposto alla legge e, quindi, *legibus solutus*<sup>21</sup>.

Si rendeva necessario, tuttavia, secondo i pensatori dell'epoca, limitare tale potere. In merito, infatti, già nel 1576 BODIN in *Les six livres de la République*, individuava un limite al potere del sovrano nelle leggi della natura e di Dio<sup>22</sup>.

Già iniziava ad intravedersi, quindi, così come teorizzato secoli prima da PLATONE e ancor di più da ARISTOTELE, una preferenza per la legge, che doveva essere in qualche modo “giusta” e vincolata al rispetto delle leggi di natura.

Le ragioni della creazione dello Stato moderno sono state oggetto di un ampio dibattito da parte di numerosi pensatori europei.

A tal proposito, HOBBS, affermava che l'uomo, essendo nello stato di natura privo di qualsiasi organizzazione politica e sociale, è portato a regolare i propri rapporti sulla base della forza e ciò comporta uno stato perenne di guerra di uomini contro altri uomini. Al fine di superare tale stato di guerra gli uomini si sarebbero uniti con un *pactum unionis* e poi sottoposti ad un'unica autorità con un *pactum subjectionis*. È in tale momento che secondo HOBBS ha origine lo Stato: quando gli uomini, per timore che altri uomini prevalessero in base a un mero rapporto di forza, decisero di limitarsi l'uno con l'altro, sottoponendosi ad una autorità sovrana<sup>23</sup>.

Secondo LOCKE, invece, lo Stato moderno nasce, non a causa del perenne stato di guerra in cui gli uomini sono condannati a vivere in uno stato di natura, ma perché in tale contesto vivono in una organizzazione precaria di garanzia delle proprie libertà e perché non tutti riconoscono alle leggi di natura valore vincolante. Di conseguenza, si uniscono al fine di far cessare lo stato di incertezza. Le leggi devono essere la rappresentazione delle leggi naturali e, se ciò non avviene, sarà necessario ribellarsi<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> In tema, per tutti, si vedano G. FASSÒ, *op. cit.*, p. 116; A. MAFFI (a cura di), *Princeps legibus solutus*, Torino, 2016.

<sup>22</sup> J. BODIN, *De la République*, I, 1576, p. 8.

<sup>23</sup> Sul punto per maggiori approfondimenti Cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto, II, L'età moderna*, Bari-Roma, 2020, p. 109 ss e bibliografia ivi citata. Dello stesso avviso di HOBBS pure C. BECCARIA, *Dei Delitti e delle pene*, nella ristampa di R. FABIETTI (a cura di), Milano, 1973, p. 7, che scrive «Le leggi sono le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in uno stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla».

<sup>24</sup> Cfr. C. FARALLI, *op. cit.*, p. 173 ss.

Tale concezione di limitazione del potere dello Stato influenzato dalle leggi naturali ha caratterizzato la corrente giusnaturalista del Seicento e del Settecento e ha posto le basi per le idee illuministiche della separazione dei poteri di MONTESQUIEU, di cui egli scrive nel celeberrimo *De l'esprit des lois* del 1748, e della legge come “volontà generale” del popolo di ROUSSEAU<sup>25</sup>.

Le idee illuministiche, come è noto, ispireranno poi la Rivoluzione francese e la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. A partire da questo momento venne, infatti, ad affermarsi nell'Europa continentale lo Stato non più come mera volontà del Sovrano, ma frutto della legge deliberata dalle Assemblee rappresentative del popolo<sup>26</sup>.

Si sviluppa così la corrente giuspositivistica, secondo la quale la legge corrisponde con la volontà del legislatore, è diritto ciò che la legge (*rectius*: il legislatore) decide. Al di fuori della legge posta dallo Stato non esiste diritto e lo stesso legislatore è sottoposto alla legge che ha creato: ecco che nasce lo Stato di diritto o, adoperando la terminologia tedesca, il *Rechtstaat*<sup>27</sup>.

Lo Stato di diritto, così delineato, dai giuspubblicisti tedeschi ottocenteschi, come LABAND, GERBER E JELLINEK, in Italia da ORLANDO e in Francia da CARRÉ DE MALBERG, è stato poi inteso come persona giuridica la cui volontà è espressa tramite la legge<sup>28</sup>.

La legge dello Stato di diritto che si sviluppa nel territorio dell'Europa continentale, come già detto, è quella proveniente dalle assemblee rappresentative del popolo, da un Parlamento in cui siedono coloro i quali sono stati eletti dai cittadini dello Stato. La legge parlamentare, infatti, garantisce la volontà del

---

<sup>25</sup> In tema si veda Ivi, p. 178 ss.

<sup>26</sup> A tal proposito S. ALEO, *Il modello dello Stato di diritto e l'epistemologia della complessità*, in *Giustizia insieme*, 2020, afferma che «Il modello illuministico-ottocentesco-liberale-continentale dello Stato di diritto e della codificazione è stato fondato sul primato della forma della legge e sulla centralità e autosufficienza della forma di codice, sul principio di legalità [...], sui valori di certezza del diritto, uguaglianza fra i cittadini di fronte alla legge, prevedibilità delle decisioni giudiziarie, sulla separazione fra i poteri dello Stato».

<sup>27</sup> Sul punto G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, I, cit, p. 31 ha osservato che se «il positivismo giuridico, come dottrina sistematica, è essenzialmente dottrina moderna [...] manifestazioni di un atteggiamento giuspositivistico si incontrano anche nel mondo greco. Un accenno giuspositivistico si può ritrovare già in isolato frammento di Eraclito, in cui è detto che «legge è anche l'obbedire alla volontà di uno solo». Però è impossibile valutarne la portata».

<sup>28</sup> Cfr. M. TROMBINO, *Sovranità*, in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari-Roma, 2020, p. 209 e bibliografia ivi citata.

popolo, è uguale per tutti, ed è espressione di un dibattito tra i vari componenti dell'Assemblea che porterà alla legge giusta<sup>29</sup>.

Occorre notare, però, per completezza espositiva, che il concetto di legge, come sola espressione della volontà di Parlamento, non è tipico di tutti gli ordinamenti. Vi sono, infatti, esperienze nelle quali sono presenti, in modo concorrente alla volontà parlamentare o in sostituzione di essa, altri formanti fonti del diritto.

In merito, si pensi alla presenza del formante giurisprudenziale come fonte del diritto o al formante dottrinale tipica dell'interpretazione medievale del diritto romano giustiniano; si pensi pure al dottore nel diritto islamico, denominato *alim*, *faqih*, che rivela la legge sacra, ossia la *sharī'a*<sup>30</sup>.

Ciò precisato, occorre avvertire che la concezione della legge generale e astratta del Parlamento frutto delle concezioni giuspositivistiche entra in crisi con l'avvento dello Stato costituzionale dopo la fine della Seconda guerra mondiale.

In tale contesto la legge come volontà del Parlamento viene ad essere limitata dai principi e valori sanciti nelle Costituzioni nazionali, carte la cui modificazione richiede un procedimento aggravato e che sono poste nella gerarchia delle fonti del diritto al di sopra della legge ordinaria.

Anche lo Stato costituzionale, però, è uno Stato di diritto, ma ne rappresenta, «una forma particolare», così come evidenziato in dottrina, la quale ne mette in luce la sua concezione elastica<sup>31</sup>.

Con il passaggio allo Stato costituzionale si ha così la crisi del positivismo giuridico che era stato portato alle estreme conseguenze negli Stati totalitari

---

<sup>29</sup> A tal proposito, M. CARTABIA, *Principio di legalità e tutela dei valori*, in *La Rassegna mensile di Israel*, 82, 1, 2016, p. 36 sottolinea che «La legge parlamentare è garanzia per due ragioni: in primo luogo, perché esprime un comando che deriva dalla volontà dei destinatari della norma stessa in quanto espressione della volontà generale; in secondo luogo, la legge è garanzia anche per la sua virtù intrinseca di assicurare l'eguaglianza dei cittadini [...] cosicché la decisione normativa viene sottratta all'arbitrio di qualunque autorità».

<sup>30</sup> Sui i diversi formati come fonte del diritto nel diritto comparato si veda per maggiori approfondimenti R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in R. SACCO (a cura di), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1992, p. 65 ss.; nonché l'interessante volume di L. MEZZETTI, *Tradizioni giuridiche e fonti del diritto*, Torino, 2020.

<sup>31</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 21.

europei della prima metà del Novecento, nei quali anche il diritto “iniquo” appariva legittimato in quanto legge<sup>32</sup>.

La legge, tuttavia, rimane pur sempre elemento centrale degli ordinamenti giuridici dell’Europa continentale; è infatti a questa, e soltanto a questa, a cui è demandato il compito, se pur nel rispetto dei principi sanciti nelle Costituzioni, disciplinare gli aspetti fondamentali della vita dello Stato.

È la legge la fonte del diritto immediatamente subordinata alla Costituzione, a cui si affiancano gli atti aventi forza di legge, le fonti ad essa subordinate, gli usi e le consuetudini.

Nello Stato costituzionale, così come nel *Rechtstaat* ottocentesco, inoltre, si tende a non concedere spazio all’interprete affinché questo possa essere considerato una fonte del diritto al pari della legge.

Per quanto di nostro interesse, occorre evidenziare a proposito che il ruolo della legge e della legalità è particolarmente sentito nel settore penale.

Con riguardo all’ordinamento italiano, nello specifico, che sarà oggetto di studio nel presente lavoro, nella Costituzione repubblicana del 1948 è previsto che la legge penale sia sottoposta ad una serie di garanzie, come la tassatività e la irretroattività, proprio al fine di evitare l’arbitrio dell’interprete nell’applicarla in un settore delicato in quanto inerente alla libertà personale<sup>33</sup>.

Viene così confermato l’importante ruolo che essa assume nel disciplinare il diritto penale, come già sostenuto nel Settecento da Beccaria in *Dei delitti e delle pene*, nel quale egli affermava che «In ogni delitto si deve fare dal giudice un

---

<sup>32</sup> Sulle cause della crisi del giuspositivismo si rimanda a M. TORRE, *Il diritto contro se stesso, Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Firenze, 2019; A. SCHIAVELLO, *L’eterno ritorno della contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo. Una replica a Salvatore Amato*, in G. MANIACI, G. PINO, A. SCHIAVELLO (a cura di), *Ragione pubblica e separazione tra diritto e morale*, Palermo, 2009, p. 22 ss. Sul rapporto tra diritto e morale si veda, fra gli altri, G. PINO, *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, I, 2011, p. 965 ss.; L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 3, 2010, p. 2771 ss.; J. HABERMAS, *Recht und Moral*, in L. CEPPA (trad. it. a cura di), *Morale, diritto e politica*, Torino, 1992; F. VIOLA, *La teoria della separazione tra diritto e morale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano, 1990, p. 667 ss.

<sup>33</sup> A tal proposito L. CARLASSARE, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, p. 1 ss. rileva che il concetto di legalità oltre che in ambito giuridico, rileva pure nel linguaggio politico e comune, ma sono tutte accumulate da un medesimo significato di fondo.



sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena»<sup>34</sup>.

Nonostante questa concezione della legge che caratterizza anche lo Stato costituzionale e della rigidità che connota il principio di legalità in materia penale, da qualche tempo sembra esserci in atto un ridimensionamento dell'idea della legge del legislatore dello Stato come unica espressione capace di disciplinare l'ordinamento penale.

Appare emergere, infatti, così come si metterà meglio in luce nel prosieguo della trattazione, una duplice questione: da un lato, un ridimensionamento del ruolo del legislatore nazionale nel settore penale e, dunque, della riserva di legge consacrata nella Costituzione italiana, a causa dell'evoluzione del processo di integrazione europea sia nell'ambito dell'Unione europea che nell'ambito del Consiglio d'Europa; dall'altro sembra emergere una espansione del ruolo del giudice nell'interpretazione del diritto penale e della sua discrezionalità giudiziaria, il quale appare non più mero soggetto che applica la legge, ma che la crea o, comunque, la integra.

In aggiunta, l'evolversi repentino della società spesso comporta l'intervento del Potere esecutivo nel disciplinare la legge penale.

Il sistema delle fonti del diritto penale per i predetti motivi sembra più complesso rispetto al passato, innescando, di conseguenza, un «progressivo accrescimento dell'attività interpretativa del giudice [...]»<sup>35</sup>.

Nel lavoro, dunque, dopo la disamina storica-filosofica del principio di legalità in materia penale, ci si concentrerà, innanzitutto sull'attuale ruolo del legislatore nel dettare legge sia nel rapporto con il Potere esecutivo che in relazione alle spinte provenienti dall'Europa. In seguito, ci si concentrerà sul nesso tra la riserva di legge e la discrezionalità giudiziaria. Il lavoro, quindi, è finalizzato a comprendere meglio l'odierno assetto delle fonti penalistiche e verificare se il ruolo del giudice risulti conforme alla concezione democratica dello Stato.

---

<sup>34</sup> Così, C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 12. Sul rapporto tra legalità e diritto penale in Beccaria si veda pure T. EFFER, *Un diritto penale a misura d'uomo: la legalità penale in Beccaria*, in *Juris*, 25, 2016, p. 181 ss.

<sup>35</sup> Così, S. CRISPINO, *Interpretazione conforme al diritto europeo e internazionale in materia penale*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2019, p. 175.

## 2. La preistoria della legalità penale: da Roma antica agli albori dell'età moderna

Il termine «preistoria», secondo la definizione fornita dal Dizionario *on line Garzanti Linguistica*, indica «il periodo delle più antiche manifestazioni culturali della specie umana, del quale non esiste documento scritto [oppure] le origine lontane di un fatto, un fenomeno [...]». Con la preistoria, dunque, si indica il periodo che precede la Storia.

Orbene, occorre avvertire che qui il termine non è inteso nel suo significato tecnico, ma è sembrato opportuno adoperarlo per indicare un periodo storico, che va dal mondo antico fino all'età moderna, nel quale il principio della legalità penale, così come inteso nell'era contemporanea, non esisteva.

Il principio di legalità penale, infatti, si è affermato, come abbiamo visto, parallelamente allo sviluppo delle teorie che portarono alla creazione dello Stato di diritto. Con il termine *preistoria*, quindi, si è voluto sottolineare il periodo che precede quello in cui si è affermata la legalità penale con tutte le garanzie che la connotano.

Anche in tale periodo, tuttavia, la legge ha assunto un ruolo nel disciplinare gli ordinamenti criminali, se pur un significato differente rispetto a quello imposto dal principio di legalità moderno e contemporaneo.

Il concetto di legalità, infatti, come sottolineato in dottrina, rappresenta una formula vuota che va riempita di storicità, ossia adeguata al contesto storico in cui la legge opera<sup>36</sup>. È quindi un concetto relativo, tant'è che, come è stato osservato, «nello stampo della legalità si può colare oro o piombo»<sup>37</sup>.

Si noti, però, che in tutte le epoche la legge ha avuto una caratteristica comune: quella, riportando le parole di San TOMMASO D'AQUINO, di «un'ordinazione della ragione al bene comune, promulgata da chi ha il governo di una comunità»<sup>38</sup>; in altri termini la legge ha avuto sempre il compito di ordinare e disciplinare un determinato settore, anche quello penale, ma non sempre ha assunto

---

<sup>36</sup> Sul concetto relativo di legalità si veda, fra gli altri C. STORTI, *Il contributo degli storici del diritto (e non solo) alla riflessione su 'le legalità e le crisi della legalità'*, in C. STORTI (a cura di), *Le legalità e le crisi della legalità*, Torino, 2016, p. XIII ss; P. GROSSI, *Legalità costituzionale nella storia delle legalità moderna e pos-moderna*, in *G. di Storia cost.*, 13, 2008, p. 13 ss.

<sup>37</sup> La citazione è attribuita a P. CALAMANDREI in F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 29.01.2016, p. 1.

<sup>38</sup> Così secondo la traduzione riportata da G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, I, cit., p. 208.

il ruolo di garanzia che l'ha poi caratterizzata con l'affermazione del principio di legalità odierno.

FERRAJOLI, infatti, ha sottolineato che in materia penale si può distinguere un periodo di *mera legalità* penale o *legalità penale in senso lato* e un periodo in cui è possibile discutere di principio di legalità *in senso stretto*, elaborato dal pensiero illuminista<sup>39</sup>.

Ciò premesso, a causa dei limiti del presente lavoro, sembra opportuno soffermarsi sul concetto di legalità, inteso nella sua accezione “preistorica”, a partire dal diritto romano, escludendo dalla disamina le altre esperienze giuridiche, precedenti o coeve ad esso, del mondo antico. È sulla base di tale ordinamento, infatti, che si è poi sviluppata la tradizione giuridica dell'Europa continentale.

Orbene, nel periodo arcaico nella società romana, così come in altre società dell'antichità, per la repressione criminale si faceva essenzialmente ricorso alla vendetta privata. Tale vendetta, infatti, nasce in parallelo «all'idea che chi violava l'altrui diritto doveva incontrare un male in punizione del suo fatto»<sup>40</sup>.

Nel periodo che va dalla fondazione di Roma, secondo la tradizione più accreditata avvenuta nel 753 a.C., alla fine del periodo regio, ossia al 509 a.C., dunque, l'intervento pubblico nella repressione criminale risultava piuttosto limitato.

Tutto fu basato sulla vendetta arbitraria operata dal gruppo familiare dell'offeso contro l'offensore. Non mancarono, tuttavia, occasioni di repressione criminale pubblica per i delitti avvenuti in violazione della sfera sacra e religiosa o nell'ambito dei delitti militari. Il Re, infatti, interveniva a reprimere la violazione della *pax deorum* nella sua qualità di supremo sacerdote della città, irrogando, talvolta, la pena del sacrificio dell'offensore, il c.d. *homo sacer*, sull'altare degli dei offesi<sup>41</sup>. Per quanto riguarda, invece, i delitti militari, qui il Re interveniva nella

---

<sup>39</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione, Teoria del garantismo penale*, Bari- Roma, 2020, p. 378.

<sup>40</sup> Così F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Del giudizio criminale* (ristampa), Bologna, 2009, p. 67.

<sup>41</sup> Cfr. B. SANTALUCIA, *Sacertà e processi rivoluzionari plebei. A Proposito di un libro recente*, in AA. VV., *Studi per Giovanni. Nicosia*, VII, Milano, 2007, p. 255 ss.; L. GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, Padova, 2005; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano, 1991; B. ALBANESE, 'Sacer esto', in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 91, 1988, p. 145 ss.; R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridica religiosa*, Napoli, 1966; P. VOGLI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, in *Studi et documenta historiae et iuris*, 19, 1953, p. 38 ss.

sua veste di comandante dell'esercito<sup>42</sup>. Tali delitti, secondo alcune antiche fonti, venivano regolati dalle *leges regiae*, anche se, come osservato in dottrina, risulta discussa l'esistenza delle suddette leggi<sup>43</sup>.

Con la caduta della monarchia, come è noto, il potere temporale passò in mano a due magistrati, dapprima denominati pretori e successivamente consoli, e le funzioni religiose in mano ad appositi sacerdoti<sup>44</sup>.

Per quanto riguarda il diritto penale un ruolo fondamentale nel disciplinare tale parte dell'ordinamento giuridico romano assunsero le XII Tavole. Le XII Tavole, infatti, rappresentarono fino all'avvento del Principato con AUGUSTO, la principale fonte del diritto penale dell'epoca, salvo l'emanazione di alcune sporadiche leggi con le quali furono introdotte nuove fattispecie penali<sup>45</sup>.

L'assenza di una copiosa legislazione criminale dimostra che in tale epoca le leggi non avevano l'importante ruolo rivestito oggi con il principio di legalità in materia penale<sup>46</sup>.

In tale periodo, tuttavia, la vendetta privata cedette gran parte del suo posto alla repressione pubblica. La repressione criminale veniva direttamente operata dai

---

<sup>42</sup> Cfr. B. SANTALUCIA, *La giustizia penale in Roma antica*, Bologna, 2013, p. 9 ss.

<sup>43</sup> Sul punto si veda Ivi, p. 11, in cui si pone in luce che i dati sulle *leges regiae* che la tradizione è riuscita a tramandarci affermano che Romolo e i suoi successori riuscirono a fare approvare delle leggi penali ai *comitia curiata*, poi raccolte in un libro del giurista SESTO PAPIRIO, chiamato *Diritto civile Papiriano*, episodio ricordato da POMPONIO sia in *Dig.* 1.2.2.2. sia in *Dig.* 1.2.2.36. In tema si veda anche D. MANTOVANI, *Le due serie di 'leges regiae'*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo. Accademia di Scienze e Lettere. Classe di Lettere*, 136, 2002, p. 59 ss.; P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano, 1990; S. TONDO, *Introduzione alle 'leges regiae'*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 37, 1971, p. 1 ss.

<sup>44</sup> In tema, per tutti, P. CERAMI, A. METRO, A. CORBINO, G. PURPURA, *Roma e il diritto. Percorsi costituzionali, produzione normativa, assetti, memorie e tradizioni del pensiero fondante dell'esperienza giuridica occidentale*, Napoli, 2010, p. 33 ss.

<sup>45</sup> Cfr. B. SANTALUCIA, *La giustizia*, cit., p. 39 ss.; M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale: tentativo d'interpretazione*, in M. HUMBERT (a cura di), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli umanisti*, Roma, 2009, p. 32 ss.; M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, M. F. CURSI (a cura di), *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli, 2008, p. 41 ss.; C. VENTURINI, *Sanzione di crimini e principio di colpevolezza nell'assetto decemvirale: alcuni rilievi*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, M. F. CURSI (a cura di), *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli, 2008, p. 109 ss.; C. ST. TOMULESCU, *Infractions de droit pénal public dans la loi des XII Tables*, in *Revue internationale de droit de l'antiquité*, 26, 1979, p. 437 ss.

<sup>46</sup> Cfr. B. SANTALUCIA, *La giustizia*, cit., p. 39 ss.;

due magistrati al potere, con la previsione della possibilità di appellarsi al popolo (la c.d. *provocatio ad populum*) allorché il condannato volesse sfuggire alla pena di morte o a quella della fustigazione irrogata dai supremi detentori del potere<sup>47</sup>.

A partire dal II secolo, tuttavia, il ricorso alle assemblee cittadine in materia penale divenne sempre più difficoltoso a causa della evoluzione della società romana e, di conseguenza, furono create delle giurisdizioni straordinarie sulla base delle quali poi vennero istituite le Corti permanenti per giudicare in campo penale: le *quaestiones perpetuae*<sup>48</sup>.

Il sistema, quindi, risultava incentrato su un doppio binario: alcuni fatti, offensivi della sfera individuale e familiare, ossia i *delicta*, continuarono ad essere repressi con la vendetta privata, anche se in età repubblicana questa risultava regolata dalla legge, a differenza di quanto avveniva in epoca regia, e con la possibilità del reo di sfuggire a tale vendetta pagando talvolta una somma di denaro; altri fatti, ossia quelli che offendevano la collettività, i *crimina*, erano sottoposti alla repressione pubblica<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Ibidem. In tema Cfr. anche B. SANTALUCIA, 'Longius ab urbe mille passum'. *Cittadini e provocatio in Italia prima delle leges Porciae*, in AA.VV., *Presidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana. Atti del Convegno internazionale di Copanello*, 1992, Napoli, 1994, p. 63 ss.; L. GAROFALO, *Il processo edilizio. Contributo allo studio dei iudicia populi*, Padova, 1989; ID., *La competenza giudiziaria dei quaestores e Pomp. D.1.2.2.16 e 23*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 51, 1985, pp. 409 ss.; J. MARTIN, *Die Provokation in der klassischen und späten Republik*, in *Hermes*, 98, 1970, p. 72 ss.; R. A. BAUMAN, *Criminal Prosecution by the Aediles*, in *Latomus*, 33, 1974, p. 245 ss.

<sup>48</sup> Cfr. B. SANTALUCIA, *La giustizia*, cit., pp. 25-37 e pp. 55-79; ID., *Le formalità introduttive del processo per quaestiones tardo-repubblicane*, in B. SANTALUCIA (a cura di), *La repressione criminale nella norma repubblicana tra norma e persuasione*, Pavia, 2009, p. 93 ss.; C. VENTURINI, *Quaestiones ex senatus consulto*, in F. SERRAO (a cura di), *Legge e società nella repubblica romana*, II, Napoli, 2000, p. 211 ss.; B. SANTALUCIA, *Processi 'fuori turno' e quaestiones extra ordinem. Spunti critici*, in *Collatio iuris romani. Études dédiées à H. Ankum*, II, Amsterdam, 1995, p. 437 ss.; J. M. DAVID, *Le patronat judiciaire au dernier siècle de la république romaine*, Roma, 1992; D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla «Quaestio» unilaterale alla «Quaestio» bilaterale*, Padova, 1989; M. BIANCHINI, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano, 1964.

<sup>49</sup> Per maggiori approfondimenti in tema di *delicta* e *crimina* si vedano, fra gli altri, J. L. FERRAY, *Lois et procès de maiesté dans la Rome républicaine*, in B. SANTALUCIA, *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia, 2009, p. 223 ss.; L. LABRUNA, «*Iure maxime...adversaria*». *La violenza tra repressione privata e persecuzione pubblica nei conflitti politici della tarda repubblica*, in F. MILAZZO (a cura di), *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del Convegno internazionale di Copanello 1990*, Napoli, 1992; L. FASCIONE, *Crimen e quaestio ambitus nell'età repubblicana*, Milano, 1984; B. SANTALUCIA,

È importante sottolineare, inoltre, che ampio spazio in tale contesto è riconosciuto al “giudicante” con un ridimensionamento del ruolo della legge.

Con l’avvento del Principato furono emanate alcune riforme, a partire dalla *lex Iulia iudiciorum publicorum* del 17 a.C., nel settore della legislazione penale, nonché in quello della giurisdizione criminale<sup>50</sup>.

Per alcuni anni, infatti, continuarono ad operare le giurisdizioni criminali straordinarie, ma queste vennero regolate in maniera uniforme. Successivamente, tuttavia, il potere di giurisdizione criminale passò in gran parte in capo all’Imperatore o a personalità da lui delegate, come i prefetti, oppure in capo al Tribunale senatorio<sup>51</sup>.

Il sistema delle giurisdizioni straordinarie, però, tornò in auge con la riforma di Diocleziano e Costantino sulle province, poiché maggiormente corrispondente alle esigenze del nuovo ordinamento amministrativo. In tale periodo, inoltre, legislazione penale pubblica divenne più frequente, con una proliferazione delle fattispecie criminoso punite dall’autorità<sup>52</sup>.

---

*La legislazione sillana in materia di falso nummario*, in *Iura*, 30, 1979, p. 1 ss. F. GNOLI, *Ricerche sul crimen peculatus*, Milano, 1979; A. LINTOTT, *Violence in Republican Rome*, Oxford, 1968, p. 107 ss.; R. A. BAUMAN, *The crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg, 1967.

<sup>50</sup> Cfr. B. SANTALUCIA, *La giustizia*, cit., p. 81 ss.; G. PUGLIESE, *Linee generali dell’evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in H. TEMPORINI (a cura di), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt (ANRW). Rise and decline of the Roman World*, II, 1982, p. 722 ss.

<sup>51</sup> Ibidem. Per maggiori approfondimenti si veda anche B. SANTALUCIA, *Incendiari, ladri, servi fuggitivi: i grattacapi del prefectus vigilum*, in *Index*, 40, 2012, p. 387 ss.; S. GIGLIO, *Il problema dell’iniziativa nella cognitio criminale. Normative e prassi da Augusto a Diocleziano*, Torino, 2009; F. ARCARIA, *Diritto e processo penale in età augustea. Le origini della cognitio criminale senatoria*, Torino, 2009; B. SANTALUCIA, *Accusatio e inquisitio nel processo romano di età imperiale*, in AA.VV., *Seminario Complutenses de Derecho Romano*, 14, 2002, p. 179 ss.; L. FANIZZA, *L’amministrazione della giustizia nel principato*, Roma, 1999; G. ZANON, *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel principato*, Padova, 1998; J. D. CLOUD, *Lex Iulia de vi*, in *Antheaem*, 76, 1988, p. 595 ss.; B. LEVICK, *Poena Legis Maiestatis*, in *Historia*, 28, 1979, p. 359 ss.; J. E. ALLISON, J. D. CLOUD, *The Lex Iulia Maiestatis*, in *Latomus*, 21, 1962, p. 711 ss.; F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, Milano, 1957; G. VITUCCI, *Ricerche sulla praefectura urbi in età imperiale (sec. I-III)*, Roma, 1956.

<sup>52</sup> B. SANTALUCIA, *La giustizia*, cit., p. 115 ss; F. PERGAMI, *L’appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000; U. VINCENTI, *La partecipazione del senato nell’amministrazione della giustizia nei secoli III.IV d. C. (Oriente e Occidente)*, Padova, 1992; F. DE MARINI AVONZO, *La giustizia penale nelle province agli inizi del basso impero*, in V. ARANGIO RUIZ, *Syntelesia*, II, Napoli, 1964, p. 1037 ss.; W. G. SINNIGEN, *The Vicarius Urbis Romae and the Urban*

Nella società romana, quindi, dalla fondazione di Roma alla caduta dell'Impero romano d'Occidente del 476 d.c., la legislazione criminale dal punto di vista sostanziale, pur non essendo completamente assente, assunse un ruolo marginale. Maggiore importanza, invece, venne attribuita al sistema di repressione processuale, i cui “giudicanti” godevano, spesso, di ampia discrezionalità nel decidere.

Nonostante ciò, il sistema penalistico romano ha rappresentato un modello avanzato di repressione criminale rispetto a quello che si svilupperà, come subito vedremo, con l'arrivo dei barbari.

Con la caduta dell'Impero romano d'Occidente, infatti, il sistema penale sembrò tornare indietro all'epoca della fondazione di Roma. Le invasioni barbariche provocarono il ritorno in auge in Europa della vendetta privata per la riparazione del torto: la *faida*. Il sistema di repressione risultava perlopiù concentrato in mano ai gruppi familiari dell'offeso che agivano per la riparazione del torto sulla base di regole consuetudinarie, con l'eccezione di qualche sporadico intervento dell'autorità per la repressione dei *crimina atrocissima* turbativi della pace pubblica<sup>53</sup>.

Ben presto alla *faida* si affiancò la *compositio*, ossia una pena pecuniaria irrogata dall'autorità, avente natura afflittiva (e non meramente risarcitoria), determinata, inizialmente, sulla base delle richieste dell'offeso e, successivamente, con l'ausilio di regole stabilite dal diritto consuetudinario<sup>54</sup>.

Per i crimini più efferati e turbativi dell'ordine pubblico, inoltre, si ricorreva ad altre pene comportanti la perdita della libertà personale oppure all'esilio, alla confisca, alle pene mutilative come la diffusa fustigazione e alla pena di morte. In tali casi l'autorità giudicante pubblica non assumeva un ruolo di “decisore”, ma il

---

*Praefecture*, in *Historia*, 8, 1959, p. 97 ss.; ID., *The Officium of the Urban Praefecture during the Later Roman Empire*, Roma, 1957; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954.

<sup>53</sup> Cfr. G. DIURNI, *Il Medioevo*, in M.R. DI SIMONE (a cura di), *Profilo di storia del diritto penale dal medioevo alla restaurazione*, Torino, 2012, pp. 1-2; S. ALEO, *Codificazione e decodificazione*, Vol. I, Milano, 2019, p. 1 ss.; S. ALEO, E. LANZA, *Il sistema penale*, Milano, 2016, p. 9 ss.; G. DIURNI, *Aspirazioni di giuridicità del medioevo d'Italia*, Torino, 2011; ID., voce *Pena criminale (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, 1982, p. 751 ss.; ID., voce *Pena privata (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, 1982, p. 739 ss.; A. MARONGIU, *La legittimazione della vendetta nell'Editto*, in AA.VV., *Atti del I congresso internazionale di studi longobardi (Spoleto 23-30 settembre 1950)*, Spoleto, 1952, p. 401 ss.; P. DEL GIUDICE, *La vendetta nel diritto longobardo*, in P. DEL GIUDICE (a cura di), *Studi di storia e diritto*, Milano, 1889, p. 246 ss.

<sup>54</sup> G. DIURNI, *op. cit.*, p. 4 ss.

tutto era rimesso al mezzo di prova, ossia l'*ordalia*, come il giuramento o il duello<sup>55</sup>.

Occorre osservare, infine, che nel suddetto periodo la legge assumeva più un rango consuetudinario, anche se non mancarono sporadici interventi di positivizzazione delle consuetudini<sup>56</sup>.

Successivamente, con la nascita dei Comuni, la legislazione criminale subì una lenta evoluzione e parte di questa venne disciplinata negli Statuti, senza mai abbandonare però la disciplina consuetudinaria<sup>57</sup>. Un ruolo importante assunse il diritto canonico che comportò la rilevanza dell'elemento soggettivo del fatto-reato, dolo o colpa, superando il modello di responsabilità oggettiva che aveva caratterizzato il diritto germanico nel periodo delle invasioni barbariche<sup>58</sup>.

Alla predetta evoluzione contribuì, altresì, l'affermazione della scienza penalistica e la riscoperta del diritto romano ad opera dei giuristi medievali a partire dal XII secolo. I princìpi elaborati dai dottori partendo dal diritto romano,

---

<sup>55</sup> G. DIURNI, *op. cit.*, p. 4 ss.; M. CAVINA, A. LEGNAI, *Duelli, faide e rappacificazioni: elaborazioni concettuali, esperienze storiche*, Milano, 2011; G. ASTUTI, *Spirito del diritto longobardo: il processo ordalico*, in AA.VV., *Atti del convegno internazionale «La civiltà dei Longobardi in Europa»*, Roma, 1974, p. 85 ss.; F. SINATTI D'AMICO, *Le prove giudiziarie nel diritto longobardo*, Milano, 1968; M. SCOVAZZI, *Le origini del diritto germanico. Fonti, preistoria del diritto pubblico*, Milano, 1957; ID., *Aspetti del diritto penale germanico*, in AA.VV., *Studi dell'Università di Pavia*, XXXVIII, 1960, p. 1 ss.; C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme de, XVIII sec.*, in *Enc. Dir. Pen. It.*, Milano, 1905, p. 182 ss.; P. DEL GIUDICE, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in *Enc. Dir. Pen. It.*, Milano, 1905, p. 1 ss.

<sup>56</sup> A tal proposito P. GROSSI, *op. cit.*, p. 13 rileva come la legalità nel medioevo è percepita come *ordo* che rinviene le sue radici nella natura umana.

<sup>57</sup> Cfr. G. DIURNI, *op. cit.*, p. 15 ss.; M. CAVINA, *Il duello giudiziario per punto d'onore. Genesi, apogeo e crisi nell'elaborazione dottrinale italiana (sec. XIV-CVI)*, Torino, 2003; M. BELLOMO, *I giuristi, la giustizia, e il sistema di diritto comune*, in AA.VV., *Leggi, giudici e giuristi. Atti del convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981*, Milano, 1982, p. 149 ss.; C. GHISALBERTI, *La condanna al bando nel diritto comune*, in *Arch. giur.*, CXLIX, 1960, p. 3 ss.; E. CASANOVA, A. DEL VECCHIO, *Le rappresaglie nei Comuni italiani del Medio Evo e specialmente in Firenze*, Bologna, 1894.

<sup>58</sup> Sul punto Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 35 ss. Sulle influenze dell'ordinamento canonico nel diritto penale, con particolare riferimento al principio di legalità, si veda per maggiori approfondimenti anche G. SCIACCA, *Principio di legalità e ordinamento canonico e suoi riflessi nel diritto penale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 11, 2019, p. 1 ss.



infatti, si imposero nell'*interpretatio iuris*, come regola di garanzia di fronte al sistema penale casistico<sup>59</sup>.

Nei Paesi di *Common law*, inoltre, assunse rilevanza di civiltà giuridica, quasi a rappresentare un baluardo primitivo del principio di legalità moderno, l'emanazione nel 1215 della *Magna Charta Libertatum*, in cui è sancito che «*Nessun uomo libero sarà arrestato, imprigionato, spossessato della sua dipendenza, della sua libertà o libere usanze, messo fuori della legge, esiliato, molestato in nessuna maniera, e noi non metteremo né faremo mettere la mano su di lui, se non in virtù di un giudizio legale dei suoi pari e secondo la legge del paese*»<sup>60</sup>.

Come osservato in dottrina, tuttavia, si trattava di un principio di legalità soltanto "embrionale", poiché non comprendeva alcuni sotto-principi come la tassatività e la irretroattività della norma<sup>61</sup>.

La repressione criminale, però, non subì profondi cambiamenti nemmeno con l'affermazione degli Stati assoluti.

Il diritto penale, infatti, risultava ancora fortemente casistico e frammentato, salvo alcuni interventi settoriali ad opera del Sovrano. Anche in tale epoca, inoltre, un ruolo importante assunsero gli interpreti del diritto, i quali contribuirono, per quanto possibile, a ricondurre ad unità il sistema penale. Si pensi, ad esempio, al ruolo dei *Grandi tribunali* italiani dell'Italia del Cinquecento, i quali godevano di ampi poteri di discrezionalità nell'opera di interpretazione del diritto<sup>62</sup>.

L'interprete, di conseguenza, rappresentava l'unico collante del sistema, facilitato, tra l'altro, dall'operare in una Europa cristiana e, quindi, sulla base di regole morali e religiose condivise.

Tale ruolo espansivo dell'interprete era causato, inoltre, dall'affermazione del processo inquisitorio a partire dal XII secolo, che raggiunse l'acme con l'inquisizione romana, con il quale il giudice, a differenza di ciò che avveniva nel

---

<sup>59</sup>Cfr. G. ALESSI, *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, in *Quaderni fiorenti per la storia del pensiero giuridico moderno, Principio di legalità e diritto penale*, I, 36, Milano 2007, pp. 50-51.

<sup>60</sup> La traduzione è quella riportata in A. BARBERA, *op. cit.*, p. 252.

<sup>61</sup> Così D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure, Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, p. 4.

<sup>62</sup> Cfr. A. DANI, *Il Cinquecento e il Seicento*, in M.R. DI SIMONE (a cura di), *Profilo di storia del diritto penale dal medioevo alla restaurazione*, Torino, 2012, p. 31 ss.

periodo dell'Alto Medioevo, non risultava più mero "spettatore" dell'antica pratica dell'ordalia, ma interveniva come investigatore e decisore con pieni poteri<sup>63</sup>.

In Europa, tuttavia, non mancarono alcuni tentativi di ricondurre ad unità il sistema legislativo penale. Ci si riferisce, in particolare, al caso dei territori tedeschi, in cui fu adottata la *Constitutio criminalis Carolina* del 1532, anche se le pressioni provenienti dai Principi dei singoli territori ostacolarono la compiuta realizzazione dell'intento<sup>64</sup>.

Nel periodo medievale e in quello degli Stati assoluti, pertanto, la legge positiva (*rectius*: la certezza del diritto) ha continuato ad avere un ruolo marginale rispetto alle procedure criminali e a quello riconosciuto al decisore penale.

Alla luce di quanto sopra esposto, quindi, risulta maggiormente comprensibile perché si è voluto fare in precedenza riferimento alla concezione di *preistoria della legalità penale*, poiché questa risultava praticamente inesistente come manifestazione di garanzia del reo.

### **3. L'affermazione del principio di stretta legalità penale in Europa**

Il principio di legalità in materia penale con i corollari che lo caratterizzano si è sviluppato, come abbiamo già qui scritto in precedenza, in parallelo con le teorie che portarono all'affermazione dello Stato di diritto. È a partire da tale momento, infatti, che si passa dal principio di mera legalità al principio di stretta legalità.

Il primo corollario del principio di legalità in materia penale affermato nel pensiero moderno è stato quello dell'irretroattività. L'esigenza che la legge penale disponesse soltanto per il futuro e che un soggetto potesse regolare la propria condotta conoscendo già, *ex ante*, le conseguenze delle proprie azioni, risale alle concezioni di HOBBS.

---

<sup>63</sup> Per maggiori approfondimenti sul processo inquisitorio dell'epoca A. DANI, *op. cit.*, p. 44 ss.; S. ALEO, *Dei giuristi e dintorni*, Padova, 2014, p. 55 ss.; G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, 2001; A. ERRERA, *Processus in causa fidei. L'evoluzione dei manuali inquisitoriali nei secoli XVI-XVIII e il manuale inedito di un inquisitore perugino*, Bologna, 2000; A. PROSPERI, *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*, Torino, 1996; M. LAZZARI, *La stregoneria. Diavoli, streghe, inquisitori dal Trecento al Settecento*, Milano, 1991; R. CANOSA, *Storia dell'Inquisizione in Italia. Dalla metà del Cinquecento alla fine del Settecento*, I-IV, Roma, 1988-1990; E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, Milano, 1989.

<sup>64</sup> Cfr. A. DANI, *op. cit.*, p. 34 ss.

Il filosofo inglese ravvisava la necessità che la legge penale avesse vigore soltanto per il futuro e che il reo fosse punito soltanto nel caso in cui avesse avuto già conoscenza della contrarietà del suo comportamento ad una legge già vigente. In particolare nel *Leviatano*, interrogandosi sul concetto di «punizione», afferma che «la punizione inflitta per un'infrazione commessa anteriormente all'esistenza della legge, non costituisce una pena, ma un atto di ostilità, perché non esiste trasgressione alla legge prima dell'esistenza della legge stessa»<sup>65</sup>.

HOBBS, dunque, già nel XVII secolo sottolineava la necessità che la legge disponesse soltanto per il futuro e tale necessità, tra l'altro, sembrava essere collegata dall'AUTORE ad un'altra caratteristica ritenuta essenziale: quella della conoscenza delle leggi. Nel *Leviatano*, infatti, reputa giustificato il comportamento di chi viola la legge non promulgata e, quindi, non conosciuta<sup>66</sup>.

Successivamente, con l'avanzare delle idee dell'Illuminismo, venne ad affermarsi l'altro corollario del principio di legalità in materia penale, ossia la riserva di legge al legislatore, espressione della “volontà generale” di rousseauiana memoria.

Secondo le idee illuministiche la legge proveniente dalle assemblee legislative espressione della volontà del popolo è l'unica in grado a potere decidere quali fatti siano meritevoli di pena e di restrizione della libertà personale dell'individuo. Il legislatore, come sottolineato in dottrina, è considerato infallibile<sup>67</sup>. La legge, inoltre, permette al giudice, nell'ottica della separazione dei poteri, di applicarla senza incorrere in arbitrio e di elevarsi a fedele interprete della volontà del legislatore.

Nel medesimo periodo, inoltre, si è affermato l'ulteriore corollario della legalità penale e strettamente connesso alla riserva di legge, ossia quello inerente al contenuto della legge penale, della sua precisione e chiarezza: il principio di tassatività.

Tali concezioni furono ben rappresentate da MONTESQUIEU in *De l'esprit des lois* il quale, riferendosi alle leggi penali, scrive che «Negli Stati moderati [...] dove la testa dell'ultimo fra i cittadini è degna di considerazione non gli si tolgono l'onore e i beni che dopo un lungo esame; non lo si priva della vita se non quando

---

<sup>65</sup> Così T. HOBBS, *Il Leviatano*, in *Traduzione, introduzione e note* di R. GIAMMANCO (a cura di), Vol. I, Torino, 1955, p. 353.

<sup>66</sup> Ivi, p. 310.

<sup>67</sup> In tal senso, fra gli altri, P. ALVAZZI DEL FRATE, *Legalità e rivoluzione nel settecento razionalista*, in C. STORTI (a cura di), *Le legalità e le crisi della legalità*, Torino, 2016, p. 169.

lo accusa la patria stessa [...] [e che] là dove essa [la legge] è precisa, i giudici la seguono [...]. Nel governo repubblicano la natura della costituzione richiede che i giudici seguano la lettera della legge. Non è lecito interpretare una legge a danno di nessun cittadino, quando si tratta dei suoi beni, del suo onore o della sua vita»<sup>68</sup>.

MONTESQUIEU, quindi, evidenzia nella sua opera la necessità che le leggi provenienti dalle assemblee legislative siano precise e ponderate, al fine di garantire il soggetto accusato di un reato ed evitare l'arbitrio del giudice.

Il giudice deve essere bocca della legge!

La sfiducia nutrita nei confronti dei giudici e della interpretazione giudiziale è affermata anche in Italia e, in particolare, da BECCARIA. Nel suo *Dei delitti e delle pene*, infatti, dopo avere scritto che «l'interpretazione della legge è un male», ritiene che le leggi debbano essere scritte in un «codice fisso», così che il giudice possa applicarle alla lettera e non essere influenzato dalle sue personali concezioni<sup>69</sup>.

BECCARIA, infatti, pur essendo sfiducioso nei confronti dell'interpretazione giudiziale, riconosce la necessità della categoria dei giudici. Secondo l'AUTORE, la legge, espressione del legislatore sovrano, non può essere interpretata se non da un soggetto terzo e imparziale; se il legislatore, infatti, il quale governa sulla base del contratto sociale, interpretasse direttamente la legge che ha creato, diverrebbe rappresentante di solo una parte della società che rappresenta: quella contro l'accusato<sup>70</sup>.

Si rende necessario, quindi, che la legge venga interpretata dal giudice nel modo più fedele possibile alla volontà del legislatore, evitando l'arbitrio, e ciò risulta possibile soltanto con leggi precise.

Come è possibile notare nelle opere di MONTESQUIEU e BECCARIA, dunque, sia in Francia che in Italia si afferma la necessità che le leggi penali provengano da un legislatore, il quale deve essere preciso nel dettare la norma penale, e che queste vengano interpretate da un giudice terzo e imparziale fedele esecutore della legge.

Le concezioni illuministiche sulla legge penale trovarono riscontro in molteplici articoli della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

---

<sup>68</sup> Così C. L. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi (Libri I- XIX)*, in D. FELICE (a cura di), *Montesquieu. Tutte le opere*, Milano, 2014, Libro VI, cap. II e III

<sup>69</sup> C. BECCARIA, *op. cit.*, pp. 13-15.

<sup>70</sup> Ivi, p. 10.

In tale testo è affermato che i limiti alla libertà di ciascuno devono essere stabiliti dalla legge (artt. 4-5), espressione della volontà generale ed eguale per tutti (art. 6) e che la legge penale deve essere precisa e disporre soltanto per il futuro (artt. 7-8).

Trovarono riscontro, inoltre, anche nella *Petition of Rights* americana del 1774 e nelle costituzioni e le codificazioni penali di tale periodo. In particolare nella Costituzione giacobina del 1793 e in quella del 1795 e, per certi aspetti nel Codice penale austriaco del 1787, nella riforma criminale toscana del 1786, c.d. *Leopoldina*, nel Codice penale prussiano del 1794, nonché, in connubio con la concezione autoritaria di NAPOLEONE BONAPARTE, nel suo Codice penale del 1810<sup>71</sup>.

In altri termini si afferma quanto sintetizzato nel noto brocardo coniato ad inizio Ottocento da FEUERBACH: *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

Con l'emanazione dei predetti codici, dunque, frutto delle concezioni illuministiche, venne posta in essere quell'idea della completezza dell'ordinamento, del giudice come figura rappresentativa della bocca della legge e della certezza del diritto, poi oggetto di teorizzazione da parte della Scuola dell'esegesi sorta in Francia nel corso del XVIII secolo.

La Scuola dell'esegesi, infatti, vedeva il diritto espressione della legge come oggetto di studio letterale, articolo per articolo, da parte dell'interprete. Il codice era da considerarsi completo e contenente le soluzioni alle più svariate situazioni venute in rilievo<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Per una approfondita disamina storica sul punto si veda M.R. DI SIMONE, *Le riforme del Settecento* e M. FIORAVANTI, *L'età rivoluzionaria e napoleonica*, entrambi in M.R. DI SIMONE (a cura di), *Profilo di storia del diritto penale dal medioevo alla restaurazione*, Torino, 2012, p. 59 ss. e p. 75 ss. Si veda, inoltre, A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 432 ss; G. PANSINI, *La giustizia criminale toscana nelle riforme di Pietro Leopoldo*, in *Atti e memorie della Accademia Petrarca di Lettere, arti e scienze*, 45, 2003, p. 303 ss.; A. CAVANNA, *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese nella Milano napoleonica. Giuseppe Luosi e il diritto penale*, in *Ius Mediolani, Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano, 1996, p. 699 ss..

<sup>72</sup> Per maggiori approfondimenti sul punto si rinvia a G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto, III, Ottocento e Novecento*, Bari-Roma, 2007, p. 17 ss. A tal proposito L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 380 scrive che «Con i codici venivano, se non superate, sicuramente ridotte l'incertezza, l'incoerenza e la confusione delle fonti e si dava corpo all'ideale illuministico della predeterminazione legale il più possibile chiara e precisa dei reati e delle pene. Sullo sviluppo della Scuola dell'esegesi in territorio italiano si veda G. TARELLO, *La «Scuola dell'esegesi» e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano, 1969, p. 240 ss.

#### 4. La legalità penale nelle codificazioni degli Stati italiani preunitari

Con la restaurazione dei precedenti regimi monarchici, avvenuta con il Congresso di Vienna del 1815 in seguito alla caduta di NAPOLEONE BONAPARTE, nei territori italiani che erano stati sotto il dominio francese furono ripristinate le vecchie forme istituzionali.

In alcuni di essi, tuttavia, si tentò un'opera di modernizzazione dell'ordinamento recependo, in parte, la legislazione francese.

Fu mantenuta, in particolare, l'idea di dotarsi di codici completi in ambito civilistico, commerciale, penale e processuale e nei quali vennero affermati, in numerosi casi, alcuni dei principi che poi caratterizzeranno anche la legislazione dell'Italia unita e che trovavano il loro fondamento teorico nelle concezioni dell'Illuminismo<sup>73</sup>.

Appare opportuno in tale sede soffermarsi sulla legislazione di natura penale negli Stati preunitari, al fine di meglio comprendere l'affermazione del principio di legalità in materia penale nel territorio italiano<sup>74</sup>.

Prima di procedere alla disamina delle varie codificazioni penali preunitarie, occorre, però, fare una premessa: il modello di codice adottato, di solito, era un modello di derivazione prevalentemente francese misto con quello austriaco.

---

<sup>73</sup> A tal proposito I. ROSONI, *Dalle codificazioni preunitarie al Codice Rocco*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PARAVINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino, 2012, p. 15 nota che «Il tema della codificazione era [...] ben presente ai legislatori italiani [...] [che] tentarono di agganciare il rinnovamento politico alla stesura di nuovi codici ispirati ai modelli d'oltralpe. I codici della Francia rivoluzionaria prima, e i codici napoleonici poi, vennero introdotti in Italia tra la fine del XVIII secolo e l'inizio del XIX secolo. [...] [Infatti] il *code pénal* costituì il modello di tecnica normativa per le legislazioni penali della prima metà del secolo». In tema, fra gli altri, S. VINCIGUERRA (a cura di), *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, 1999; A. MARONGIU, *Storia del diritto italiano: ordinamenti e istituti di governo*, Milano, 1977; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976; E. PESSINA, *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX*, Firenze, 1868; F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana dall'epoca della Rivoluzione francese, 1789, a quella delle riforme italiane, 1847*, Torino, 1863-1864.

<sup>74</sup> Si avverte che per la disamina della legislazione codicistica degli Stati italiani preunitari si fa qui riferimento ai testi delle codificazioni presenti nel seguente sito curato dalla Biblioteca centrale giuridica del Ministero della Giustizia: [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_22\\_4\\_3\\_2.page#1a](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_22_4_3_2.page#1a). In tema si veda pure S. ALEO, E. LANZA, *op. cit.* p. 21 ss.; S. ALEO, *Codificazione*, cit., p. 205 ss.

In tale epoca, infatti, si svilupparono in Europa due modelli di codice: da un lato, quello austriaco, che si presentava intriso di caratteri scientifici, come se fosse un Trattato, con prescrizioni di carattere generale e che assumeva valenza sia a livello teorico che pratico; dall'altro, il modello francese, espressione della sola volontà politica, che dava per presupposte le teorizzazioni a carattere teorico e si limitava a descrivere in modo semplice le fattispecie di reato e le relative pene.

Orbene, come abbiamo già detto, nella legislazione dell'Italia preunitaria e, poi, in quella dell'Italia unita, questi due modelli caratterizzeranno la codificazione penale; si rinvengono dei codici, infatti, che in molti casi presentano una parte teorica generale e una parte speciale dedicata alle singole fattispecie criminose<sup>75</sup>.

Ciò posto, per quanto riguarda il Regno delle Due Sicilie, FERDINANDO DI BORBONE, restaurata la monarchia, per un primo periodo lasciò in vigore la legislazione francese, anzi estendendola anche alla Sicilia che durante il periodo napoleonico era rimasta sotto il dominio dei BORBONE<sup>76</sup>.

Nel 1819, tuttavia, fu emanato il *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, che risultava diviso in cinque parti: «Leggi civili», «Leggi penali», «Leggi della procedura ne' giudizj civili», «Leggi della procedura ne' giudizj penali» e «Leggi di eccezione per gli affari di commercio»<sup>77</sup>.

Nella parte seconda, riguardante le «Leggi penali», divisa in tre libri, trattanti rispettivamente la disciplina della pena, i misfatti e i delitti e, l'ultimo, le contravvenzioni, fu recepito sia il principio di legalità della pena che quello dei reati.

In particolare, nel libro primo, all'art. 1 si sanciva che «Ogni reato sarà punito, secondo la sua qualità, con pene o criminali, o correzionali, o di polizia. [...] Il reato soggetto con pene criminali chiamasi misfatto. Il reato soggetto con

---

<sup>75</sup> Sui due modelli di codice penale si veda, per maggiori approfondimenti, F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale* (ristampa), Bologna, 2009, pubblicazione *on line*, Introduzione di A. CADOPPI, § 8.

<sup>76</sup> Per la legislazione francese antecedente si veda S. VINCIGUERRA (a cura di), *Le leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli (1808)*, Padova, 1998; A. CAVANNA, op. cit., p. 699 ss.; E. DEZZA, *Appunti sulla codificazione penale nel primo Regno d'Italia: il progetto del 1809*, in *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano, 1992, p. 199 ss.

<sup>77</sup> In tema D. NOVARESE, *Istituzioni e processo di codificazione nel Regno delle Due Sicilie: le leggi penali del 1819*, Milano, 2000; A. M. STILE, *Il codice penale del 1819 per lo Regno delle Due Sicilie*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, 1999, p. 183 ss.; F. CANOVARI, *Comentario sulla parte seconda del Codice per lo Regno delle Due Sicilie ossia sulle leggi penali*, Vol. I, Napoli, 1819.

pene correzionali chiamasi delitto. Il reato soggetto con pene di polizia chiamasi contravvenzione» e nelle successive disposizioni si procedeva ad una dettagliata disciplina, sia per quanto riguarda le modalità di esecuzione che per quanto concerne la durata edittale, delle predette pene.

All'art. 60, inoltre, si affermava che «Niun reato può essere punito con pene che non erano pronunziate dalla legge prima che fosse commesso. Nondimeno se la pena stabilita nel tempo del giudizio, e quella che era fissata al tempo del reato, fossero diverse fra loro, sarà sempre applicata la più mite».

In tale disposizione, dunque, veniva sancito il principio di irretroattività della legge penale, della riserva di legge e quello di retroattività della legge sopravvenuta al reato più favorevole.

Per quanto riguarda il principio di tassatività, invece, emergeva con chiarezza dalla previsione di dettagliate fattispecie di reato descritte nel secondo e nel terzo libro del Codice.

In tale Codice, quindi, si può notare che, nonostante la restaurazione del vecchio regime monarchico, l'assetto istituzionale assolutistico si avviava verso una riforma illuminista e moderna dell'ordinamento giuridico, recependo quelle istanze di garanzia e concezioni elaborate nei due secoli precedenti.

Nondimeno, ciò non fermò i moti rivoluzionari che portò il Regno delle Due Sicilie ad adottare delle Carte costituzionali, che, tuttavia, spesso, non furono in grado di calmare gli animi della popolazione. A tal proposito, in merito al principio di legalità, assunsero particolare rilievo sia la *Costituzione del Regno delle Due Sicilie* sia lo *Statuto fondamentale del Regno di Sicilia*, testi entrambi emanati nell'anno 1848<sup>78</sup>.

La *Costituzione del Regno delle Due Sicilie*, adottata dal Re in seguito ai moti rivoluzionari del 1848, infatti, sanciva all'art. 25 che «Niuno può essere tradotto suo malgrado innanzi ad un giudice diverso da quello che la legge determina: né altre pene possono essere applicate a' colpevoli se non quelle stabilite dalle leggi».

In tale disposizione, dunque, fu affermato un primo baluardo del principio di legalità anche a livello costituzionale.

---

<sup>78</sup> Sulla *Costituzione del Regno delle Due Sicilie* e sullo *Statuto fondamentale del Regno di Sicilia* si veda C. DI MARCO, *Sovranità popolare, partecipazione e metodo democratico fra utopia e illusioni. Dalla deriva dei partiti agli scenari del XXI Secolo*, Torino, 2016, p. 19 ss.; N. CORTESE, *Costituenti e costituzioni italiane del 1848-1849*, Napoli, 1951.



Più esplicito sul punto, tuttavia, risultò lo *Statuto fondamentale del Regno di Sicilia* del 1848, decretato dal Parlamento siciliano quando l'Isola conquistò l'indipendenza in seguito a moti rivoluzionari e rimasto in vigore fino alla riconquista da parte dell'esercito delle Due Sicilie nel 1849.

Nel suddetto Statuto si sanciva al riguardo all'art. 85 che «Nessun cittadino potrà essere giudicato se non in vigore di una legge promulgata pria del fatto che dà luogo al procedimento, e per un regolare giudizio reso dal magistrato competente» e nel successivo art. 93 «[...] Le leggi che restringono il libero esercizio dei diritti del cittadino non si estendono al di là dei tempi e dei casi in esse espressi»<sup>79</sup>.

Maggiormente restio ad accogliere i corollari del principio di stretta legalità penale fu, invece, lo Stato pontificio.

In particolare, con la Restaurazione del dominio papale in tutti i precedenti territori dello Stato pontificio all'occupazione francese, venne emanato nel 1832 il *Regolamento dei delitti e delle pene*, che seguiva all'adozione del *Regolamento organico e di procedura criminale* del 1831<sup>80</sup>.

Nel *Regolamento dei delitti e delle pene*, tuttavia, se pur in materia penale furono fatti dei progressi, ad esempio in tema di tentativo di reato, mancava una chiara enunciazione del principio di legalità penale<sup>81</sup>.

Il predetto Regolamento, infatti, diviso in due libri, il primo riguardante «Dei delitti e delle pene in genere» e il secondo «Dei delitti in specie, e della loro punizione», ancorché provvedeva a disciplinare in modo a volte anche dettagliato alcune fattispecie criminose, lasciava ampia discrezionalità al giudice nello stabilire la pena.

Ciò si evince, ad esempio, nel Titolo IX del Libro I in cui, dopo avere disciplinato modalità d'esecuzione e durata delle pene fissate dalla legge, divise a

---

<sup>79</sup> Per quanto riguarda i testi delle Costituzioni storiche degli Stati preunitari a quali qui si fa riferimento sono tratti dal seguente sito *web* curato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Torino: <http://www.dircost.unito.it/cs/paesi/italia.shtml>.

<sup>80</sup> In dottrina per una ampia visione L. FIORAVANTI, *Il regolamento penale gregoriano*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, 1999, p. 273 ss.; A. ACQUARONE, *La restaurazione nello Stato Pontificio e i suoi indirizzi legislativi*, in *Arch. della Soc. Rom. di Storia Patria*, IX, 1955, p. 119 ss.; C. CARAMELLI, *Comento al Regolamento penale gregoriano*, Macerata, 1844.

<sup>81</sup> Sul punto si veda anche M. SEMERARO, *La restaurazione*, in M.R. DI SIMONE (a cura di), *Profilo di storia del diritto penale dal medioevo alla restaurazione*, Torino, 2012, pp. 96-97.

loro volta per durata in base al grado di reità, era previsto che «In ogni grado potranno i Giudici, secondo le circostanze fare uso della rispettiva latitudine che crederanno giusta da un anno all'altra [...]», ponendo a ciò un limite legislativo soltanto laddove, poco dopo alla suddetta disposizione, si affermava che dalla «galera temporanea non si può giungere alla perpetua, *senza espressa determinazione di legge*».

È da apprezzare, tuttavia, la presenza di pene fissate per alcuni reati di un minimo e massimo edittale, così da potere il giudice adeguare la sanzione penale al caso concreto, se pur non mancavano numerosi esempi di pene stabilite in modo fisso, in contrasto con il principio di proporzionalità della pena<sup>82</sup>.

Merita cenno, altresì, l'affermazione del principio di retroattività della legge penale più favorevole per i reati commessi prima dell'emanazione del Regolamento, ai quali si applicava, dunque, la legge previgente o quella del Regolamento a seconda dei casi, in base a quale delle due leggi prevedesse la pena più mite.

Dalle predette considerazioni emerge, però, che la situazione, in ogni caso, risultò sicuramente migliore rispetto a quella precedente ed evidenziata con chiarezza in alcune disposizioni contenute nel *Motu proprio* di Papa PIO VII del 1816<sup>83</sup>. In particolare, all'art. 97, infatti, da un lato, era disposta l'abolizione del potere di stabilire le pene arbitrarie previsto nella legislazione criminale all'epoca vigente ma, dall'altro, tale potere era mantenuto per i casi previsti dai Bandi generali e dalle altre leggi fino all'emanazione del nuovo Codice penale<sup>84</sup>.

Il *favor* verso il superamento del potere arbitrale del Giudice emerge anche da quanto prescritto all'art. 6 dello *Statuto fondamentale del Governo temporale degli Stati della Chiesa* del 1848, concesso dal Papa PIO XI in seguito ai moti

---

<sup>82</sup> Un esempio, tra gli altri, di pena fissa era sancito all'art. 496 ai sensi del quale «I Giudici che per prezzo, dono o altra causa turpe pronunciano la condanna di un innocente, sono puniti colla galera di anni cinque».

<sup>83</sup> In tema G. SANTOCINI, *Sovranità e giustizia nella Restaurazione pontificia. La riforma della organizzazione della giustizia criminale nei lavori preparatori del Motu Proprio del 1816*, Torino, 1996; M. CASTRACANE MOMBELLI, *Il motu proprio del 6 luglio 1816 e l'elaborazione di una nuova pratica criminale pontificia nell'età cansalviana*, in L. BORGIA, F. DE LUCA, R. M. ZACCARIA, P. VITI (a cura di), *Studi in onore di A. D'Addario*, Lecce, 1995.

<sup>84</sup> Per completezza espositiva si noti, inoltre, che il principio di legalità non trovò consacrazione nello Stato Pontificio né nel testo costituzionale emanato in seguito ai moti insurrezionali di Bologna, Marche e Umbria del 1831, ossia lo *Statuto costituzionale delle Province Unite Italiane*, né in quello della Repubblica Romana del 1849.

rivoluzionari, anche se sostanzialmente rimasto inattuato, in cui veniva sancito che «Niun impedimento alla libertà personale può essere posto se non nei casi e colle forme prescritte dalle leggi»<sup>85</sup>.

Nonostante ciò, l'inattuazione dello Statuto del '48 adottato al fine di far fronte ad esigenze rivoluzionarie temporanee e l'assenza di una legislazione penalistica che prevedesse il principio di legalità, dimostrano le difficoltà dello Stato Pontificio ad accogliere una concezione garantista del diritto penale.

Tale difficoltà sembra da doversi ravvisare nella diffidenza che la Chiesa manifestava (e manifesta) nei confronti della sola legge positiva degli esseri umani. Il diritto penale, infatti, è da sempre caratterizzato nell'ordinamento canonico dalla commistione tra delitto e peccato e, dunque, tra legge umana e divina, che non può accogliere nella sua totalità il principio di stretta legalità in materia penale<sup>86</sup>.

A sostegno di tale tesi, inoltre, la circostanza che ancora oggi si discute tra gli esperti con riguardo all'attuale vigenza del principio di legalità in materia penale anche nelle moderni codificazioni penali dello Stato Città del Vaticano, questione che è causata proprio della particolarità dell'ordinamento canonico<sup>87</sup>.

Procedendo all'esame con riguardo all'enunciazione del principio di legalità in materia penale negli Stati preunitari, occorre esaminare la situazione nel Granducato di Toscana.

All'indomani del Congresso di Vienna del 1815, il Granduca di Toscana FERDINANDO III DI LORENA avviò i lavori per una nuova codificazione penale che, tuttavia, non ebbe esito fino all'emanazione del Codice penale del 1853.

---

<sup>85</sup> Per una più ampia visione dello *Statuto* cfr., fra gli altri, A. BERLUTI, *Lo Statuto Pontificio del 1848. Il contributo alla redazione dell'urbinate Mons. Giovanni Corboli Bussi*, in *Studi Urbinati*, A, 48, 2021, p. 313 ss.; R. AUBERT, *Il Pontificato di Pio IX (1846-1878)*, Torino, 1970; A. ARA, *Lo Statuto fondamentale dello Stato della Chiesa (14 marzo 1848). Contributo dello studio delle idee costituzionale nello Stato pontificio nel periodo delle riforme di Pio IX*, Milano, 1966.

<sup>86</sup> Sull'influenza della morale e del peccato nella legislazione penale della Chiesa si veda M. DEL POZZO, *Il rapporto tra delitto e peccato nell'attualità del diritto canonico*, in *Ius canonicum*, 53, 2013, p. 199 ss. il quale, in particolare, afferma nella p. 205 che «La completa separazione tra la sfera dell'*ethos* e del *dikaion* comporterebbe viceversa uno svuotamento dell'essenza del delitto e uno smottamento verso al mera legalità positivista».

<sup>87</sup> Sui termini del dibattito si vede l'interessante contributo di G. DALLA TORRE, *Qualche considerazione sul principio di legalità nel diritto penale canonico*, in *Angelicum*, 85, 1, 2008, p. 267 ss. Si veda anche W. L. DANIEL, *The Principle of Legality in Canon Law*, in *Jurist*, 70, 29, 2010, p. 29 ss.; G. MANTUANO, *La riserva di legge nell'ordinamento penale della Chiesa*. Padova, 1975.

Fino all'emanazione di tale Codice, fu ripristinata la vigenza del c.d. *Codice Leopoldino* del 1786, che, come abbiamo già visto, nel panorama europeo costituiva a fine Settecento un esempio "illuminato" di legislazione criminale<sup>88</sup>.

Con il *Codice Leopoldino*, infatti, fu abolita la pena di morte e fu regolato compiutamente il processo criminale che veniva ad assumere dei connotati più garantisti, prevedendo, ad esempio, il diritto alla presenza di un difensore anche per i non abbienti nominato *ex officio*.

Per l'epoca in cui fu emanato, inoltre, risultava un codice avanzato anche in tema di legalità penale, nonostante mancasse una chiara enunciazione del relativo principio, se pure appare certamente meno garantista rispetto ai codici penali ottocenteschi.

Ciò emerge dalla lettura del testo, nel quale alcuni reati appaiono, a volte, soltanto menzionati senza indicarne gli elementi tassativi che li connotano. Ad esempio, negli articoli LXVI ss. si faceva riferimento alla calunnia, alla rissa, al furto semplice, alle pene previste per tali reati, non illustrandone, però, gli elementi costitutivi in modo compiuto.

Ancora all'art. XVIII si prevedeva che «Nei casi poi ove il titolo del Delitto porti a Pena afflittiva, non essendo sicuro il prescrivere una regola fissa [...] si rimette al prudente, e discreto arbitrio del Giudice ciò che crederà più espediente all'interesse della pubblica vendetta», imponendone, però, una chiara e succinta motivazione all'art. CXVI del Codice. Da tale norma, dunque, si evince come il principio di legalità della pena nel Codice toscano del 1786 risultasse ancora una conquista non del tutto realizzata.

Di diverso tenore, tuttavia, risultò la legislazione successiva sia a livello costituzionale che a livello codicistico di cui si dotò il Granducato di Toscana.

Nello specifico, venne sancito all'art. 3 dello *Statuto del Granducato di Toscana* del 1848 che «Niuno impedimento alla libertà personale può essere posto, se non nei casi e colle forme prescritte dalla legge» e, ancora più esplicitamente, all'art. 1 del *Codice penale del Granducato di Toscana* del 1853 che «Sono punibili le solo azioni positive, o negative, con le quali è stata violata una legge penale, antecedentemente promulgata»<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Cfr. sul punto M. SEMERARO, *op. cit.*, p. 98 ss.; G. PANSINI, *op. cit.*, p. 303 ss.

<sup>89</sup> In tema per una più ampia visione sullo *Statuto* cfr. per tutti A. ACQUARONE, M. D'ADDIO, G. NEGRI (a cura di), *Le Costituzioni italiane*, Milano, 1958. Sul *Codice toscano* del 1853 si veda E. PESSINA, *op. cit.*, p. 49; E. BERTINI, *Considerazioni del Dott. Ettore Bertini intorno al Codice penale toscano pubblicato nel 1853 e ancora vigente*, Prato, 1861; T. FERRAROTTI, *Commentario*

Con la predetta legislazione costituzionale e codicistica, quindi, nel Granducato di Toscana fu sancito espressamente il principio di stretta legalità in materia penale.

Nel Codice, di conseguenza, venivano disciplinate compiutamente tutte le pene previste dalla legge, le modalità di esecuzione, nonché tutti gli elementi costitutivi integranti una specifica fattispecie criminosa. Ad esempio, in tema di furto, non veniva soltanto enunciato il nome del reato come nel precedente *Codice Leopoldino* del 1786, ma all'art. 374 si descriveva la fattispecie come l'atto di impossessamento di un bene ai fini di lucro senza il consenso del proprietario.

Nel Codice, inoltre, scompare qualsiasi riferimento all'arbitrio del giudice, oltre ad essere un modello avanzato anche in tema di disciplina del tentativo del reato e concorso di persone.

Non appare, infine, azzardato affermare che per molti aspetti risulta agli occhi del lettore un codice molto simile, ma non certamente uguale, ai vigenti codici penali moderni europei.

Un altro Stato preunitario da esaminare è il Ducato di Parma, Piacenza e Guastalla, assegnato dal Congresso di Vienna del 1815 alla moglie di NAPOLEONE BONAPARTE, MARIA LUIGIA D'AUSTRIA.

MARIA LUIGIA D'AUSTRIA emanava il nuovo *Codice penale per gli Stati di Parma e Piacenza* nell'anno 1820, poi esteso da CARLO II DI BORBONE nel 1848 anche ai territori di nuovo dominio riguardanti la Regione storica della Lumigiana e i comuni emiliani di Bazzano e Scurano fino ad allora appartenuti al Ducato di Modena e Reggio<sup>90</sup>.

Il Codice era di chiara ispirazione francese e si rifaceva, dunque, al Codice penale napoleonico del 1810. In particolare, fu ripresa la distinzione tra crimini, delitti e contravvenzioni, puniti rispettivamente con una pena criminale, correzionale e di polizia (art. 1 del Codice).

Nel Codice, nonostante si prevedessero delle pene molto rigorose, compresa la pena di morte, in linea con il regime assolutistico del Ducato, si enunciava il principio di legalità in materia penale, sia per quanto riguarda il fatto-reato che per

---

*teorico-pratico del Codice penale per gli Stati di S.M. Vittorio Emanuele II colla comparazione dei codici penali di tutta la penisola italiana del codice austriaco del giure romano e del diritto penale francese*, Torino, 1860.

<sup>90</sup> Cfr. in tema. A. CADOPPI, *Il codice penale parmense del 1820*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, 1999, p. 196 ss.; E. PESSINA, *Opuscoli di diritto penale*, Napoli, 1874, p. 81 ss.; ID., *Dei progressi*, cit., p. 6 ss..

ciò che concerne le pene. Ciò si evince sia dall'art. 1, comma 2, in cui veniva sancito che «Nessun'azione od omissione è punibile se non siasi violata una legge penale antecedentemente promulgata», sia dalle modalità in cui negli articoli successivi venivano dettagliatamente disciplinate le singole fattispecie di reato, le pene per queste stabilite e le modalità di esecuzione per ciascuna di esse.

Nessuna affermazione in merito, tuttavia, fu fatta nella *Costituzione per il ducato di Parma* concessa da CARLO II DI BORBONE nel 1848 in seguito ai moti rivoluzionari, per poi essere posta nel nulla poco dopo dal successore CARLO III DI BORBONE.

Per quanto concerne il vicino Ducato di Modena e Reggio, a cui successivamente sarà annesso anche il Ducato di Massa e Carrara, assegnato a FRANCESCO IV D'AUSTRIA-ESTE, all'indomani del Congresso di Vienna fu ripristinata la vecchia legislazione penale estense e la tipica frammentazione di diritto comune che l'aveva caratterizzata<sup>91</sup>.

Per l'emanazione di un Codice penale, infatti, si dovette attendere l'anno 1855<sup>92</sup>. Ciò, tuttavia, non comportò, a differenza di quanto avvenuto nei territori precedentemente qui esaminati, l'abrogazione della intera legislazione criminale in vigore, ma per espressa indicazione rimasero in vigore la disciplina penale militare e un editto del 1854.

In tale *Codice penale e di procedura criminale per gli Stati estensi* manca una chiara enunciazione del principio di legalità, è di chiara matrice assolutistica in considerazione anche del rigore delle pene ivi stabilite e, talvolta, appare *ictu oculi* non rispettoso dei corollari della legalità, soprattutto della tassatività penale, nel disciplinare alcune fattispecie criminose.

Nel Libro II, Titolo I, «Dei delitti contro alla religione», ad esempio, dopo che veniva prevista la punizione con la morte di «Chiunque ardirà conculcare, manomettere o disperdere le Ostie consacrate» si prevedeva pure la medesima sanzione per chiunque avesse «*in altro modo* sacrilego oltraggiato in via di fatto le Specie Sagramentali». In aggiunta, con una norma di chiusura del predetto Titolo, si prevedeva la punizione di «*Qualunque altro atto o fatto* doloso distinto dalle fattispecie contemplate».

---

<sup>91</sup> In merito si veda M. SEMERARO, *op. cit.*, p. 94.

<sup>92</sup> Per maggiori approfondimenti sul punto si veda per tutti veda M. SEMERARO, *op. cit.*, 94 ss.; A. MARTINI, *Il codice criminale estense del 1855*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, 1999, p. 300 ss.; E. Pessina, *Opuscoli*, cit., p. 81 ss.

Dalla disamina del Codice, dunque, così come anche dimostrato dal suesposto esempio, si evince come questo non sia stato uno dei Codici preunitari che si sia distinto in materia di garanzie penali.

Appare, tuttavia, meritoria la circostanza che uno Stato illiberale - quale era il Ducato di Modena, Reggio, Massa e Carrara - nonostante un primo tentativo di ritorno al passato con il ripristino della vecchia legislazione estense, si sia adeguato in un secondo momento - o per meglio dire abbia tentato per certi aspetti di farlo - alle nuove istanze garantiste del momento, emanando un codice penale con la previsione più o meno certa di fattispecie criminose.

Di minore rigore sanzionatorio non appare nemmeno il *Codice penale dei crimini, dei delitti e delle contravvenzioni-Strafgesetz* del 1852 emanato da FRANCESCO GIUSEPPE I D'AUSTRIA anche per i territori del Regno Lombardo-Veneto. Codice che era stato adottato, come si legge all'articolo III, al fine di riportare ad unità il sistema penale che risultava dal Codice penale austriaco del 1803, applicato fino ad allora anche nei territori italiani sotto dominio austriaco e modificato più volte nel corso degli anni<sup>93</sup>.

Nel Codice, però, nonostante manchi una ferma enunciazione del principio di legalità, questo traspare dalle singole norme che disciplinano in modo rigoroso fattispecie criminose e pene.

Venendo, infine, all'ultimo Stato preunitario da esaminare, ossia il Regno di Sardegna, occorre avvertire che in merito occorre distinguere due periodi: il primo in cui fu ripristinata la vecchia legislazione di diritto comune del periodo precedente alla occupazione napoleonica e, quindi, un tempo in cui si tornò al passato; il secondo, avviato con l'ascesa al trono di CARLO ALBERTO DI SAVOIA nel 1831, caratterizzato da ampie riforme in materia di diritti e garanzie individuali, anche in ambito penale<sup>94</sup>.

Soffermandoci, in particolare, con riguardo a questo secondo periodo, occorre osservare che le politiche riformiste di CARLO ALBERTO DI SAVOIA innanzitutto portarono nel 1848 alla concessione dello *Statuto del Regno di Sardegna* (il c.d. *Statuto Albertino*) che rappresenterà poi il testo costituzionale

---

<sup>93</sup> In tema M. SEMERARO, *op. cit.*, p. 95 ss.; E. PESSINA, *Dei progressi*, cit., p. 69 ss.; W. T. FRÜHWALD, *Manuale del codice penale austriaco sui crimini sui delitti e sulle contravvenzioni e sul Regolamento di stampa 27 maggio 1852*, Venezia, 1855.

<sup>94</sup> Come osservato in dottrina, in I. ROSONI, *op. cit.*, p. 16, l'opera di codificazione penale intrapresa da CARLO ALBERTO, ispirata alle concezioni dell'Illuminismo, rese fortemente più mite l'asprezza della legislazione penale precedente.

vigente nel successivo Regno di Italia<sup>95</sup>. In ambito penalistico, invece, portarono all'adozione del *Codice penale per gli Stati di Sua Maestà il Re di Sardegna del 1839*, poi ripreso per molteplici contenuti dal *Codice penale per gli Stati di Sua Maestà il Re di Sardegna del 1859*<sup>96</sup>.

Nello Statuto, in particolare, il principio di legalità in materia penale trovava diretta consacrazione all'art. 26 in cui si sanciva che «La libertà individuale è guarentita. [2.] Niuno può essere arrestato, o tradotto in giudizio, se non nei casi previsti dalla legge, e nelle forme ch'essa prescrive».

Come è stato osservato in dottrina, tuttavia, nella prassi tale proclamazione di principio, spesso, venne disattesa dai c.d. regolamenti delegati; la legge, infatti, conferiva a dei regolamenti il potere di prevedere nuove fattispecie criminose o di modificare quelle esistenti<sup>97</sup>.

Nello *Statuto Albertino*, inoltre, fu affermato un limite espresso all'interpretazione della legge, che, ai sensi dell'art. 73, «[...] in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo». Un chiaro riferimento all'interpretazione autentica!

Per quanto concerne, invece, la legislazione codicistica penale, sia nel Codice del 1849 che in quello del 1859 trova affermazione il principio di legalità.

Nello specifico, in quello del 1859, nelle disposizioni preliminari si trovano sanciti a chiare lettere i quattro corollari della legalità penale, il principio del *favor*

---

<sup>95</sup> La letteratura sullo *Statuto Albertino* è molto vasta. In tale sede per maggiori approfondimenti si rinvia, fra gli altri, a G. BASCHERINI, *L'esperienza statutaria*, in M. BENVENUTI, R. BIFULCO (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale. La costituzione, il diritto costituzionale e l'ordinamento statale*, Vol. I, Torino, 2022, p. 55 ss.; S. MERLINI, G. TARLI BARBIERI, *Il governo parlamentare in Italia*, Torino, 2017, pp. 1-74; AA.VV., *Dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana. Atti del Seminario (Roma, 25 novembre 2011)*, Milano, 2012; C. GHISALBERTI, *Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana. Spunti per una riflessione*, in S. ROGARI (a cura di), *Dal 1848 al 1948: dagli Statuti alla Costituzione repubblica. Transizioni a confronto*, Firenze, 2010, p. 13 ss.; R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma, 2002; C. GHISALBERTI, *Lo Statuto Albertino tra mito e realtà*, in *Clis*, XXX, 1994, p. 191 ss.; S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1928; G. MARANINI, *Le origini dello Statuto Albertino*, Firenze, 1926; F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909; V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1890.

<sup>96</sup> In tema S. VINCIGUERRA, *I codici penali sardo-piemontesi del 1839 e del 1859*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, 1999, p. 350 ss.; E. PESSINA, *Opuscoli*, cit., p. 81 ss.; E. PESSINA, *Dei progressi*, cit., p. 33 ss.; T. FERRAROTTI, *op. cit.*, p. 2 ss.; AA.VV., *Commentario al Codice penale sardo per l'Avv. Diego Taiani*, Roma, 1859.

<sup>97</sup> Così D. PERRONE, *op. cit.*, p. 16.



*rei* e il divieto del giudice di applicare pene diverse rispetto a quelle prescritte dal Codice.

All'art. 3, infatti, si afferma che «Nessun reato può punirsi con pene che non erano pronunciate dalla legge prima che fosse commesso. [2.] Se la pena che era imposta dalla legge al tempo del commesso reato, e quella stabilita dalla legge posteriore, fossero diverse fra loro, sarà sempre applicata la pena più mite. [3.] Se la nuova legge cancella dalla classe dei reati un'azione considerata come reato dalla legge anteriore, cessano di diritto tutti gli effetti del procedimento e della condanna» e nel successivo art. 4 che «Le pene imposte dalla legge non potranno dal Giudice aumentarsi, diminuirsi, né commutarsi, se non nei casi ed entro i limiti dalla legge stessa determinati».

Il Codice penale del Regno di Sardegna, quindi, appare, al pari di quello toscano del 1853 e per certi aspetti anche del Codice penale del Regno delle Due Sicilie del 1819, molto progressista sul punto, affermando non solo i quattro corollari della legalità, ma anche il principio della retroattività della legge penale più favorevole sopravvenuta.

## **5. Il principio di legalità penale dal Regno d'Italia all'ordinamento internazionale e sovranazionale europeo tra Monarchia, Stato totalitario e Repubblica**

All'indomani dell'Unità d'Italia, avvenuta nell'anno 1861, numerosi furono i problemi che riguardarono la costruzione del nuovo Stato e, tra questi, vi era quello dell'unificazione dell'ordinamento giuridico<sup>98</sup>.

Al neonato Regno d'Italia venne estesa l'applicazione dello *Statuto Albertino* del 1848, nel quale, come abbiamo visto in precedenza, in materia di legalità penale rilevano gli artt. 26 e 73.

In materia penale si pose fin da subito il problema di quale codice, tra quelli emanati dai vari Stati preunitari, dovesse regolare l'ordinamento penalistico del Regno<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Per una maggiore disamina storica dei fattori che determinarono l'Unità d'Italia e dei problemi che scaturirono a livello politico e amministrativo si rimanda a G. SABBATUCCI, V. VIDOTTO, *Il mondo contemporaneo. Dal 1848 a oggi*, Bari-Roma, 2019, pp. 3-19, 47-65, 138-170; M. L. SALVADORI, *Storia d'Italia. Il cammino tormentato di una nazione. 1848-2016*, Torino, 2018. Con specifico riferimento ai problemi dell'amministrazione si veda G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 2020.

<sup>99</sup> M. SEMERARO, *op. cit.*, p. 101 ss.

Da un lato, infatti, vi era chi proponeva di estendere all'intero Regno il Codice Toscano del 1853, il quale appariva più progressista rispetto a quello del vecchio Regno di Sardegna del 1859, in quanto, ad esempio, era stato emendato dalla pena di morte<sup>100</sup>.

Dall'altro, vi era resistenza da parte della monarchia sabauda ad adottare un codice diverso rispetto a quello già in vigore nel Regno da loro governato fino all'unificazione d'Italia<sup>101</sup>.

Nel 1865, tuttavia, si decise di mantenere in vigore nel nuovo Regno d'Italia tre diversi codici fino all'emanazione di un nuovo Codice penale e i cui lavori inizieranno nello stesso anno.

In particolare, il Codice toscano del 1853 venne mantenuto in vigore nei territori in cui lo era stato in precedenza; il Codice penale sabauda del 1859 fu esteso per intero al resto dei territori italiani, ad eccezione di quelli in precedenza sottoposti al vecchio Regno delle Due Sicilie; nei territori appartenenti al precedente Regno delle Due Sicilie, infine, trovò applicazione una versione modificata del Codice sabauda del 1859, al fine di recepire alcune prescrizioni del Codice borbonico del 1819<sup>102</sup>.

Nel 1889, terminati i lavori preparatori, fu emanato il nuovo Codice penale, il c.d. *Codice Zanardelli*, dal nome del Ministro della Giustizia dell'epoca<sup>103</sup>.

Il nuovo Codice, sulla falsariga di quelli preunitari, come si è visto anche in precedenza, era basato sia sul modello francese, nei quali mancava o era scarna una parte generale, sia su quello austriaco, dotato, invece, di un elevato grado di scientificità. Venne adottato, di conseguenza, così come suggerito da Francesco CARRARA, un modello italiano di codice, nel quale si correggevano gli eccessi degli originari modello francese e austriaco. CARRARA, infatti, aveva suggerito un

---

<sup>100</sup> Ibidem.

<sup>101</sup> Ibidem.

<sup>102</sup> Sul punto Cfr. M. SEMERARO, *op. cit.*, p. 101 ss.; I. ROSONI, *op. cit.*, p. 16 ss. Per una comparazione dei suddetti *Codici* si veda T. FERRAROTTI, *op. cit.*, p. 2 ss.

<sup>103</sup> Per una ampia visione dei profili storici e giuridici del Codice Zanardelli e della loro comparazione con i profili passati si veda S. VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari*, cit., pp. 397-651. Per i contenuti si rinvia per tutti a F. MECACCI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1901-1902.

codice che si rivolgesse contemporaneamente ai cittadini e agli operatori del diritto<sup>104</sup>.

Egli, esponente della Scuola classica, nonostante durante i lavori preparatori si trovasse lontano dagli ambienti istituzionali del nuovo Regno, riuscì a influenzare il nuovo Codice con la sua attività scientifica. Al progetto di Codice, addirittura, dedicò un suo scritto del 1874: *Pensieri sul progetto di codice penale italiano*<sup>105</sup>.

Nel nuovo Codice, infatti, furono accolte le concezioni di reato e di pena elaborate da CARRARA, nonché l'idea della Scuola classica di un diritto penale basato sul fatto e non sull'autore del reato<sup>106</sup>.

Il Codice penale del 1889 risultava diviso in tre libri.

Il primo libro dedicato alla parte generale e gli altri due concernenti rispettivamente i delitti e a le contravvenzioni.

Al principio di legalità erano dedicati gli artt. 1 e 2.

All'art. 1 fu sancito il principio di riserva di legge e di tassatività della legge penale; all'art. 2 il principio di irretroattività e quello del *favor rei*.

Così come emerge dalla Relazione al Re, il Ministro ZANARDELLI affermava che se, da un lato, lo spirito del nuovo Codice era quello di «trasfonderne il pensiero nel giusperito e nel magistrato, abituandoli a intendere e ad applicare non già meccanicamente e superficialmente la nuda lettera, ma il senso che si deduce da tutto il contesto di una disposizione in cui le frasi e le parole non si spiegano che nella logica connessione del concetto che insieme le riunisce e le illumina», dall'altro, «mi guardai dall'esagerare il sistema, dall'usare locuzioni troppo astratte [...] [poiché] le leggi devono essere scritte in modo che anche gli uomini di scarsa cultura possano intenderne il significato»<sup>107</sup>.

Nel nuovo codice, in particolare, si cercò, attraverso la “normazione sintetica”, di descrivere il fatto attraverso l'astrazione dei casi concreti, riducendo,

---

<sup>104</sup> Cfr. F. CARRARA, *Lineamenti*, cit., pubblicazione *on line*, *Introduzione* di A. CADOPPI, §§ 8-10.

<sup>105</sup> Ivi, pubblicazione *on line*, *Introduzione*, § 2.

<sup>106</sup> Sul punto, tra gli altri, Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, p. XXI ss., nonché I. ROSONI, *op. cit.*, p. 17 ss.

<sup>107</sup> Così in *Relazione a S. M. il Re del Ministro Guardasigilli (ZANARDELLI) nell'udienza del 30 giugno 1889 per l'approvazione del testo definitivo del Codice Penale*, Roma, 1889, p. 10

per quanto possibile, il ricorso ai c.d. concetti elastici, privi di un significato univoco<sup>108</sup>.

Anche sul recepimento dei corollari del principio di legalità in materia penale fu accolto quanto auspicato da CARRARA, il quale, in merito si era soffermato più volte nel suo *Programma del corso di diritto criminale*<sup>109</sup>.

Come osservato in dottrina, tuttavia, lo stesso CARRARA era ben consapevole dei limiti della legge, in quanto sconta «i rischi della finitezza umana», ma nonostante ciò, questa, si rende necessaria per rispondere al bisogno della certezza del diritto<sup>110</sup>.

Le influenze della Scuola classica nel nuovo Codice, tuttavia, dovettero confrontarsi con l'affermazione nella scienza penalistica della Scuola positiva, basata sugli studi di Cesare LOMBROSO, antropologo criminale.

La Scuola positiva pone l'accento sulle qualità del soggetto delinquente e, quindi, propose l'elaborazione di un diritto penale basato sull'autore del reato e non sul fatto. Il diritto penale, quindi, secondo i fautori della Scuola positiva, deve tenere conto dell'apporto delle altre scienze, ossia quelle antropologiche, sociologiche e filosofiche<sup>111</sup>.

L'affermazione nella scienza criminale delle tesi della Scuola positiva portò nel 1919 all'elaborazione del *Progetto Ferri*, finalizzato alla riforma della legislazione penale. Tale progetto, tuttavia, non ebbe seguito, a causa dei mutamenti istituzionali che si avranno poco tempo dopo<sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> Vedi D. PERRONE, *op. cit.*, p. 18.

<sup>109</sup> Così F. BRICOLA, *Introduzione a F. CARRARA, Programma del Corso di diritto criminale* (ristampa), Bologna, 1993, p. 21. Sulla concezione della legalità penale nel pensiero di F. CARRARA si veda anche L. LACCHÈ, *La penalistica costituzionale e il 'liberismo giuridico'. Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Principio di legalità e diritto penale*, I, 36, Milano, 2007, p. 663 ss.

<sup>110</sup> Cfr. L. LACCHÈ, «*Alzate l'architrave, carpentieri*». *I livelli della legalità penale e le "crisi" tra Otto e Novecento*, in C. STORTI (a cura di), *Le legalità e le crisi della legalità*, Torino, 2016, p. 190 ss. Per una riflessione generale sui pericoli e i rimedi all'arbitrio del legislatore si veda V. SCIALOJA, *L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo*, in *Atti della Società italiana per il progresso delle Scienze*, Terza riunione – Settembre 1909, Roma 1910, p. 367 ss.

<sup>111</sup> Per maggiori approfondimenti sui caratteri della Scuola classica e della Scuola positiva e sul confronto tra le due scuole si veda, fra gli altri, F. COSTA, *Delitto e Pena nella Storia del Pensiero Umano*, Torino, 1928, p. 153 ss.

<sup>112</sup> Cfr. A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1958, p. 51.

Maggiore riscontro, invece, trovarono le teorie che proponevano nel diritto penale una mediazione tra la Scuola classica e la Scuola positiva, ossia il c.d. indirizzo tecnico giuridico, e la cui genesi è da individuare nella prolusione al Corso di diritto e procedura penale tenuta da Arturo ROCCO nel 1910 alla Regia Università di Sassari<sup>113</sup>.

La preoccupazione maggiore di Arturo ROCCO era quella di recuperare l'identità della scienza penalistica dalle altre scienze, che per opera della Scuola positiva avevano influenzato il diritto penale, ma rimproverava allo stesso tempo alla Scuola classica la pretesa di creare un diritto penale universale e immutabile che trova origine nella divinità o nella coscienza umana<sup>114</sup>.

Nel medesimo periodo, tra l'altro, anche negli altri settori dell'ordinamento era viva l'esigenza di recuperare l'autonomia del metodo giuridico dalle altre scienze. A tal proposito, si possono qui ricordare i moniti destinati agli studiosi di diritto pubblico da Vittorio Emanuele ORLANDO<sup>115</sup>.

Le tesi mediane sostenute dall'indirizzo tecnico-giuridico portarono con l'avvento del Fascismo all'elaborazione di un nuovo Codice: il vigente Codice penale del 1930, il c.d. *Codice Rocco*, emanato quando al Ministero della Giustizia e degli Affari di culto sedeva il Guardasigilli Alfredo ROCCO, fratello del sopracitato Arturo.

Il Codice risulta diviso in tre Libri: il primo dedicato alla parte generale e il secondo e il terzo dedicati rispettivamente ai delitti e alle contravvenzioni.

L'accoglimento da parte del nuovo Codice penale dell'indirizzo tecnico-giuridico appare in modo palese già dal sistema sanzionatorio adottato: da un lato, la previsione delle pene (artt. 17 ss.); dall'altro, la previsione di misure di sicurezza applicate in base alla pericolosità sociale del reo (artt. 199 ss.).

L'influenza autoritaria sul Codice del 1930 emergeva (e per alcuni aspetti ancora oggi permane) dalla disciplina di alcuni istituti previsti dal legislatore fascista.

---

<sup>113</sup> Cfr. A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, I, 1910, p. 497 ss.

<sup>114</sup> Sul punto Cfr. Ivi, p. 497; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. XXXI; I. ROSONI, *op. cit.*, p. 23.

<sup>115</sup> V. E. ORLANDO, *I criteri per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Arch. Giur.*, 1889, p. 107 ss.

A titolo d'esempio, è sufficiente qui ricordare l'introduzione nel Codice della pena di morte (art. 17, comma primo, n. 1, c.p.), già prevista dal regime con legge 25 novembre 1926, n. 2008<sup>116</sup> per i reati contro la vita, l'integrità o la libertà personale del Re o del Reggente, della Regina, del Principe ereditario e del Capo di Governo (art. 1), nonché per alcuni reati contro lo Stato e contro l'ordine pubblico (art. 2); la previsione del cumulo materiale, ossia *tot crimina tot poena*, nel caso del concorso dei reati (artt. 71 ss. c.p.), in luogo del più favorevole cumulo giuridico previsto dall'abrogato Codice penale del 1889, in base al quale viene applicata la pena prevista per il reato più grave e aumentata in relazione alle ulteriori violazioni; la parificazione del trattamento sanzionatorio per tutti i concorrenti nel caso di concorso di persone nel reato, superando il modello di responsabilità differenziata accolto dal Codice penale del 1889; il modello di applicazione oggettiva delle reato delle circostanze attenuanti e aggravanti, salvo per alcune eccezioni (artt. 59, 60, 118 e 119 c.p.); la disciplina del tentativo, estesa anche agli atti preparatori e non solo a quelli esecutivi (art. 56 c.p.); e, infine, si pensi alle numerose ipotesi di responsabilità oggettiva previste nel nuovo Codice (ad esempio, agli artt. 57, 82, 83, 116, 117 c.p.).

Nonostante ciò, però, il Codice del 1930, in linea con le precedenti esperienze codicistiche dell'Italia unita e quelle degli Stati preunitari, accoglie agli artt. 1 e 2 il principio di legalità penale, così come si porrà meglio in luce nei capitoli che seguiranno.

Il legislatore fascista, dunque, a differenza di quanto avvenuto negli altri regimi totalitari europei, appare lungimirante sul punto, poiché mantiene in vigore il *principio di legalità formale* con tutti i corollari che si erano affermati a partire dalle concezioni dell'Illuminismo.

Negli altri regimi totalitari, invece, fu fatta una scelta differente e fu accolto il *principio di legalità sostanziale*.

Nel sistema nazista, infatti, era stato modificato il Codice penale del 1871 al fine di punire qualsiasi fatto contro il sano sentimento del popolo e la stessa cosa era acceduta nel regime sovietico con il Codice della Repubblica russa del 1922<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> L. 25 novembre 1926, n. 2008, in *Gazz. Uff. del Regno d'Italia*, P. prima, n. 281, 6 dicembre 1926.

<sup>117</sup> Sul punto si veda più diffusamente L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 380 ss.; P. COSTA, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorenti per la storia del pensiero giuridico moderno*, *Principio di legalità e diritto penale*, I, 36, Milano 2007, pp.16-17.

In tali regimi che accoglievano la concezione sostanziale della legalità venivano, dunque, puniti tutti quei fatti antisociali e a prescindere da una espressa norma incriminatrice; come evidenziato in dottrina, infatti, «la punibilità dei comportamenti illeciti è legata così a una interpretazione criminologica del reato, fondata sul concetto sociologico di condotta deviante, intesa come *condotta che si distacca dai modelli comportamentali riconosciuti e che non rispetta le attese sociali*»<sup>118</sup>.

Con la caduta del Fascismo ci si pose il problema se mantenere in vigore il Codice penale del 1930 oppure se ripristinare il Codice di matrice liberale del 1889.

Orbene, come evidenziato in dottrina, inizialmente negli ambienti istituzionali risultava prevalente l'idea di ritornare all'abrogato Codice penale del 1899, stante la matrice autoritaria di quello del 1930. In seguito, tuttavia, prevalse l'idea di mantenere in vigore il Codice penale del 1930, considerata la qualità delle scelte tecniche operate in tale testo normativo, nonostante questo abbia avuto origine in epoca fascista<sup>119</sup>.

La fortuna del Codice penale del 1930, infatti, trova il suo fondamento nella scelta del regime fascista di conferire l'incarico per sua elaborazione ad una Commissione ministeriale formata per lo più da esperti di epoca liberale<sup>120</sup>.

L'accortezza del regime fascista, quindi, fu quella di rivolgersi a molteplici esperti del diritto, che avevano operato nella precedente epoca liberale, per le svariate riforme effettuate durante il ventennio.

---

<sup>118</sup> Così R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Molfetta, 2018, p. 7, il quale a sua volta richiama K. LÜDERSSEN, *Introduzione a Abweichendes Verhalten*, Vol I, 1974, , p. 7 ss. Sul punto E. DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in *Quaderni fiorenti per la storia del pensiero giuridico moderno, Principio di legalità e diritto penale*, I, 36, Milano 2007, p. 1064 afferma che «Il sistema del diritto penale nazista [...] [tende al]la rimodulazione di alcune coordinate fondamentali nel campo delle fattispecie incriminatrici che spinge verso un diritto del pericolo piuttosto che del danno [...]» e, ancora, a p. 1071, scrive che «Nel campo del diritto penale [...] se per il fascismo la legge è l'espressione dell'autorità statale [...] per il nazismo i più gravi reati sono l'infedeltà o il tradimento nei confronti della comunità [...]».

<sup>119</sup> Le diverse tesi al riguardo sono ben esposte da G. INSOLERA, *Progetti di riforma del codice Rocco: il volto attuale del sistema penale*, in in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PARAVINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino, 2012, p. 32 ss. al quale si rimanda per ulteriori approfondimenti.

<sup>120</sup> In tal senso Cfr. anche G. LEONE, *Contro la riforma del Codice penale*, in *Arch. pen.*, I, p. 276 ss.

Non a caso, tra l'altro, ad eccezione del Codice di procedura penale del 1930 che è stato sostituito nel 1989 con un nuovo Codice, oggi rimangono in vigore in Italia, oltre al Codice penale del 1930, anche il Codice civile e il Codice di procedura civile entrambi del 1942.

Tale atteggiamento, tra l'altro, fu assunto anche nel settore della Pubblica amministrazione, ove, almeno per un primo momento, venne deciso di mantenere le precedenti personalità che avevano caratterizzato l'assetto organizzativo di epoca liberale, al fine di continuare con un lavoro proficuo anche in tale campo ed evitare di conferire l'intera organizzazione amministrativa a personalità vicine al regime, ma inesperte<sup>121</sup>.

A nostro modesto avviso, quindi, appare da ammirare tale visione, che, si permetta una digressione, oggi, purtroppo, non è più sempre seguita.

Pare esservi, infatti, una tendenza a cambiare totalmente l'assetto degli esperti che coadiuvano i vari governi con soggetti vicini alla compagine politica maggioritaria del momento. Si pensi, ad esempio, al c.d. *spoil system*, con il quale alla modifica della compagine governativa vengono sostituiti i dirigenti apicali dell'amministrazione<sup>122</sup>.

Ciò posto, il tenere in vigore il Codice penale del 1930, tuttavia, non è risultato privo di problemi. L'impronta più garantista dei diritti individuali che si voleva conferire al Paese, ha comportato fin da subito una serie di riforme, come avvenne, ad esempio, nel 1944 con l'abolizione della pena di morte per i reati previsti dal Codice ad opera del d.lgs. lgt. 10 agosto 1944, n. 244<sup>123</sup>.

Nel 1948 con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana in ambito penalistico si posero ulteriori problemi.

Nella Costituzione italiana, infatti, hanno trovato fondamento costituzionale numerosi precetti di natura penale, come, ad esempio, la libertà personale, il principio di colpevolezza, la funzione prevalentemente rieducativa della pena, il

---

<sup>121</sup> Sulla organizzazione fascista della Pubblica amministrazione si veda G. MELIS, *op. cit.*, p. 261 ss.

<sup>122</sup> Per quanto riguarda lo *spoil system* "all'italiana" e le varie riforme che lo hanno riguardato è sufficiente qui rimandare, fra gli altri, a F. GIUFFRÈ, I. A. NICOTRA, F. PATERNITI, *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino, 2020, p. 282 ss.; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2019, p. 232 ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018, p. 639 ss.; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2016, p. 37 ss.

<sup>123</sup> D.lgs. lgt. 10 agosto 1944, n. 244, in *Gazz. Uff. del Regno d'Italia*, Serie Speciale, n. 64, 5 ottobre 1944.



diritto alla difesa, nonché tutte le garanzie per la magistratura e quelle processuali previste agli artt. 101 ss. Cost.

Tra i principi di natura penale che hanno trovato fondamento costituzionale vi è anche il principio di legalità.

Tale principio, che sarà approfondito maggiormente nel prosieguo della trattazione, è sancito all'art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione, in cui è affermato, rispettivamente, che «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» e che «Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge».

Come osservato in dottrina, se in un primo momento non sarà semplice per la cultura giuridica del tempo accogliere i principi costituzionali con la valenza che meritavano, successivamente, si è dato luogo ad una serie di riforme che porteranno a correggere alcune concezioni di stampo autoritario del Codice penale del 1930<sup>124</sup>.

All'entrata in vigore della Costituzione, infatti, seguiranno numerose riforme di diritto penale sia codicistiche che extra-codicistiche.

Ad titolo d'esempio, è stato mitigato il regime del cumulo materiale con l'introduzione negli anni '70 del regime del cumulo giuridico in caso di concorso formale eterogeneo e reato continuato eterogeneo, che andava così ad aggiungersi al già previsto cumulo giuridico dal legislatore del '30 per il reato continuato omogeneo e all'introduzione del cumulo giuridico per il concorso formale omogeneo avvenuto ad opera di una sentenza della Corte costituzionale del 1966<sup>125</sup>; è stato modificato il regime dell'imputazione obiettiva delle circostanze aggravanti nel 1990<sup>126</sup>; infine, le ipotesi di responsabilità oggettiva o sono state interpretate in maniera costituzionalmente orientata, soprattutto in seguito alle Sentenze della Corte costituzionale nn. 364 e 1085 del 1988<sup>127</sup>, o sono state

---

<sup>124</sup> Cfr. P. COSTA, *op. cit.*, p. 34 e bibliografia ivi citata.

<sup>125</sup> La riforma del concorso formale e del reato continuato è stata operata con d.l. 11 aprile 1974, n. 99 conv. con modificazioni dalla l. 7 giugno 1974, n. 220, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 151, 11 giugno 1974. La sentenza della Corte costituzionale a cui si fa riferimento è Corte cost., sent. n. 9, 3-8 febbraio 1966, in *Gazz. Uff.*, n. 38, 12 febbraio 1966.

<sup>126</sup> L. 7 febbraio 1990, n. 19, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 36, 13 febbraio 1990.

<sup>127</sup> Corte cost., sent. n. 364, 24-30 marzo 1988, in *Gazz. Uff.*, n. 13, 30 marzo 1988; Corte cost., sent. n. 1085, 30 novembre-13 dicembre 1988, in *Gazz. Uff.*, n. 51, 21 dicembre 1988.

modificate dallo stesso legislatore, come è avvenuto, ad esempio, con l'art. 57 c.p. dettato in tema di reati commessi col mezzo della stampa<sup>128</sup>.

Il sistema delle fonti in materia penale è, inoltre, ulteriormente arricchito dalle fonti di diritto internazionale, in cui particolare rilievo assumono quelle derivanti dal sistema di diritti fondamentali vigente nell'ambito del Consiglio d'Europa, nonché nel diritto dell'Unione europea.

Per quanto riguarda il principio di legalità, in particolare, in ambito ONU rileva l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 in cui trova espressa consacrazione<sup>129</sup>.

Così come sarà meglio analizzato nei successivi capitoli, rileva, altresì, a livello europeo, l'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) firmata a Roma il 4 novembre del 1950<sup>130</sup> e l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea firmata a Nizza il 7 dicembre del 2000 (CDFUE)<sup>131</sup>.

Il sistema delle fonti si arricchisce poiché entrambe le Carte sopracitate acquistano una particolare posizione in Italia nella gerarchia delle fonti del diritto.

---

<sup>128</sup> L. 4 marzo 1958, n. 127, *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 62, 12 marzo 1958.

<sup>129</sup> Il Patto internazionale sui diritti civili e politici è stato adottato il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ed è entrato in vigore il 23 marzo 1976. L'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione in Italia sono stati dati con legge del 25 ottobre 1977, n. 881 in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 333, 7 dicembre 1977. In particolare, all'art. 15 del Patto è sancito che «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. 2. Nulla, nel presente articolo, preclude il deferimento a giudizio e la condanna di qualsiasi individuo per atti od omissioni che, al momento in cui furono commessi, costituivano reati secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni».

<sup>130</sup> La CEDU è entrata in vigore il 3 settembre 1953 ed è stata autorizzata la ratifica in Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 221, 24 settembre 1955.

<sup>131</sup> La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata pubblicata in *Gazz. Uff. delle Comunità europee*, C. 364/1, 18 dicembre 2000, e ha acquisito valore giuridico con il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre del 2009 e ratificato in Italia con l. 2 agosto 2008, n. 130, in *Gazz. Uff.*, Suppl. ordinario, n. 185, 8 agosto 2008.

La CEDU, infatti, così come confermato dalla Corte costituzionale fin dalle Sentenze nn. 348 e 349 del 2007<sup>132</sup>, ha acquisito, in seguito alla riforma del 2001 del Titolo V, della Parte II, della Costituzione, valore di parametro interposto tra la Costituzione e le fonti primarie ai sensi del novellato art. 117, comma 1, Cost. in cui è sancito che «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalla Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»<sup>133</sup>.

Per quanto riguarda la Carta di Nizza del 2000, ancor prima che intervenisse il legislatore nel 2001 con la modifica dell'art. 117 Cost., al diritto dell'Unione europea era stato riconosciuto dalla giurisprudenza il primato sull'ordinamento nazionale ai sensi dell'art. 11 della Costituzione, nella parte in cui è affermato che «L'Italia [...] consente in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni [...]», salvo il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento (c.d. *teoria dei controlimiti*)<sup>134</sup>.

Per concludere questa breve disamina tra i rapporti tra fonti nazionali ed europee, che sarà come già detto approfondita successivamente, è opportuno osservare che il sistema delle fonti del diritto penale sarà ulteriormente reso più complicato allorquando si concluderà, se ciò mai accadrà, il processo di adesione dell'Unione europea al sistema della CEDU.

Tale processo di adesione, infatti, è stato previsto all'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE), che costituisce, accanto al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), uno dei Trattati di cui si compone il Trattato di Lisbona del 2009<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> Corte cost., sent. n. 348, 22-24 ottobre 2007, in *Gazz. Uff.*, n. 42, 31 ottobre 2007; Corte cost., sent. n. 349, 22-24 ottobre 2007, in *Gazz. Uff.*, n. 42, 31 ottobre 2007.

<sup>133</sup> La riforma costituzionale del Titolo V, della Parte II, della Costituzione è avvenuta con l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 248, 24 ottobre 2001. Per maggiori approfondimenti sui rapporti tra ordinamento italiano e CEDU si veda, fra gli altri, A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2019, p. 256 ss.

<sup>134</sup> Sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo, oltre a qualsiasi Manuale di diritto internazionale o diritto dell'Unione europea o di diritto costituzionale, si rimanda a F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Torino, 2012. Per quanto riguarda la “teoria dei controlimiti” è opportuno osservare che questa è stata elaborata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale nella nota sentenza *Frontini*, Corte Cost., sent. n. 170, 18-27 dicembre 1973, in *Gazz. Uff.*, n. 2, 2 gennaio 1974.

<sup>135</sup> Il TUE e il TFUE sono i due Trattati che compongono il Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009 e che è stato ratificato in Italia con l. 2 agosto 2008, n. 130 in *Gazz. Uff.*,

## **6. Crisi della riserva di legge tra fonti interne e influenze europee, separazione dei poteri e giudice legislatore alla luce del principio di Sovranità popolare**

I corollari del principio di legalità penale si affermano, come si è avuto modo di vedere nel corso della trattazione, al fine di creare un sistema in cui spetta solo al legislatore specificare gli elementi di un fatto costituente reato e al giudice il compito di limitarsi ad applicare la legge attraverso l'attività interpretativa.

Il rapporto tra il legislatore e il contenuto della legge penale, tuttavia, risulta diverso nello Stato di diritto ottocentesco e nello Stato costituzionale.

Nello Stato di diritto, infatti, il legislatore è un arbitro libero da vincoli nel determinare quali fatti debbano essere elevati a fattispecie di reato. La legge frutto della volontà del legislatore risulta essere sovrana.

In tale Stato, quindi, vi può essere il pericolo che un legislatore di scarsa cultura e poco attento possa creare delle leggi non buone, talvolta inique e, di conseguenza, dare luogo a quella discrepanza tra diritto e giustizia, tra legge e precetti morali, tipica dei sistemi in cui vengono accolte le concezioni giuspositivistiche e nei quali tutto il diritto si giustifica solo per il fatto di essere stato posto dal potere legislativo.

È sufficiente qui ricordare le leggi razziali emanate in alcuni Stati europei nella prima metà del Novecento che, ancorché apparissero inique, costituivano diritto vigente<sup>136</sup>.

Come osservato da autorevole dottrina, infatti, «il rapporto tra culture penalistiche e sistemi di diritto penale è come sempre un rapporto circolare, dove le prime influenzano i secondi e questi condizionano le prime»<sup>137</sup>.

Nello Stato costituzionale, invece, il legislatore nell'attività legislativa non risulta totalmente libero, ma deve sottostare ai valori espressi nella Carta fondamentale, espressione delle concezioni pluraliste della società in cui opera,

---

Serie Generale, n. 185, 8 agosto 2008. Sul processo di adesione dell'UE alla CEDU cfr., fra gli altri, A.L. VALVO, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2019, p. 365 ss.

<sup>136</sup> Sul punto Cfr. in questo Capitolo il § 1 e bibliografia ivi citata.

<sup>137</sup> Così L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 371.

che diviene bussola fondamentale per orientare la produzione del diritto futuro e per correggere le leggi del passato da disposizioni incostituzionali<sup>138</sup>.

Nel settore del diritto penale, ad esempio, ciò si riflette soprattutto nella scelta dei beni giuridici da ritenere meritevole di protezione. Tali beni, infatti, oggi non possono essere che quelli espressamente o implicitamente ricavabili dalla Costituzione, così come sostenuto dalle teorie sul bene giuridico maggiormente condivisibili alla luce dell'attuale ordinamento<sup>139</sup>.

Ciò posto, sia nello Stato di diritto ottocentesco che in quello costituzionale non viene messo in dubbio che in ogni caso la potestà di emanare leggi penale spetta solo ed esclusivamente al legislatore dello Stato.

Nessun altro Potere, infatti, può intervenire nel disciplinare la legge penale, in linea con la riserva di legge sancita all'art. 25, comma 2, della Costituzione.

Né il Potere esecutivo, né quello giudiziario, quindi, possono dettare norme in materia penale.

Negli ultimi tempi, tuttavia, pare che la riserva di legge in materia penale stia subendo un graduale ridimensionamento sotto un triplice aspetto: 1) innanzitutto diviene frequente l'intervento di fonti diverse dalla legge parlamentare, maggiormente capaci di adeguarsi ai repentini mutamenti provocati dalla evoluzione della società odierna; 2) l'influenza degli ordinamenti sovranazionali europei sembra, inoltre, essere motivo di sempre maggiori vincoli per il legislatore nazionale, il quale talvolta appare come un mero esecutore di imperativi decisi al di fuori del territorio italiano, il che potrebbe provocare, di fatto, una erosione della riserva di legge in materia penale prevista dalla Costituzione; 3) l'attività interpretativa della giurisprudenza, infine, sembra in numerosi casi andare oltre il mero ruolo tipico del giudice come mero soggetto che

---

<sup>138</sup> Sul punto Cfr. anche G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 48 ss., nonché p. 129 in cui scrive che «La legge esprime invece le combinazioni possibili tra i principi costituzionali. Essi si limitano a porre i punti irrinunciabili di qualunque combinazione. La legge mantiene così il suo carattere di atto creativo di diritto e non viene degradata a mera esecuzione della Costituzione. Tuttavia, essa si configura come un diritto particolare e contingente, cioè un diritto secondo il punto di vista dei soggetti politici che riescono occasionalmente e temporaneamente a prevalere nel processo legislativo, alla stregua del principio di maggioranza. Rispetto alle concezioni ottocentesche [...] appare chiaro il ridimensionamento».

<sup>139</sup> Per maggiori approfondimenti sulle diverse teorie sul bene giuridico si rimanda a G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 4 ss.

si limita ad applicare la legge, che pare divenire attore deputato ad operare scelte di politica legislativa<sup>140</sup>.

Le sopraesposte questioni, infatti, sembrano rivoluzionare la concezione accolta dall'ordinamento della riserva di legge in materia penale.

La *ratio* di tale riserva di legge, infatti, si spiega nel nostro ordinamento alla luce della sovranità popolare sancita all'art. 1 della Costituzione, così da sottrarre a soggetti non direttamente espressione degli elettori la facoltà di operare delle scelte in materia di libertà personale<sup>141</sup>.

Di particolare importanza, a questo riguardo, risulta l'influenza che gli ordinamenti sovranazionali, nonostante non siano nella stragrande maggioranza dei casi espressione di una scelta democratica dei cittadini degli Stati che vi fanno parte, riescano ad esercitare sul diritto penale interno<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> In tema, oltre alla letteratura che si citerà nel corso del lavoro, si veda pure, fra gli altri, G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatali*, Torino, 2019; V. MANES, 'Common law-ization of criminal law'? *The evolution of nullum crimen sine lege and the forthcoming challenges*, in *New Jour. of Eur. Crim. Law*, 8, 3, 2017, p. 334 ss.; F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?* in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, p. 4 ss.; N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, 2017, p. 85 ss.; M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4, 2016; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.; G. F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2011, p. 125 ss.; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2011, p. 315 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010.

<sup>141</sup> La sovranità dello Stato, come è noto, presenta due aspetti: interno ed esterno. La sovranità interna è intesa come *supremo potere di comando* nel territorio e quella esterna come *indipendenza dello Stato dagli altri Stati*. Per maggiori approfondimenti sulla sovranità si rimanda, fra gli altri, oltre a qualsiasi Manuale di diritto costituzionale, a M. TROMBINO, *op. cit.*, p. 193 ss., nonché per disamina approfondita delle varie teorie che hanno riguardato la sovranità dello Stato all'interessante volume di B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, 2015. Sul rapporto tra diritto penale e democrazia, invece, si veda G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorenti per la storia del pensiero giuridico moderno, Principio di legalità e diritto penale*, II, 36, Milano 2007, p. 1247 ss.

<sup>142</sup> Sull'influenza sulla sovranità europea negli ordinamenti nazionali nei diversi settori dell'ordinamento si vedano le interessanti considerazioni di G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 4 ss.

La presunta erosione della Sovranità nazionale anche in un settore delicato come quello penale, di conseguenza, parrebbe porre in dubbio quelle ultime tracce delle concezioni della sovranità accolta tradizionalmente nel nostro Paese e ben esposta a fine Ottocento da ORLANDO, il quale evidenziava che, qualunque teoria della sovranità venga accolta negli ordinamenti (teocratica, legittimista, radicale e liberale), è certo che trattasi di sovranità dello Stato<sup>143</sup>.

La *ratio* della riserva di legge penale, inoltre, si coglie alla luce della teoria della separazione dei poteri, sulla base della quale si sono sviluppati i moderni ordinamenti europei e in cui con tale riserva, oltre a volere affermare come prerogativa esclusiva dei rappresentati del popolo le scelte in materia penale, si desiderava creare un sistema in cui i giudici nell'applicare la legge fossero soltanto sottoposti ad essa e non vincolati a qualsiasi tipo di influenza proveniente dall'esterno.

L'indipendenza dei giudici, quindi, risulta essere direttamente connessa all'affermazione del principio di stretta legalità in materia penale; i giudici non devono essere subordinati alla volontà della politica o agli interessi della ragion di stato, ma limitarsi a dare attuazione a quanto stabilito dai rappresentati del popolo in via astratta nei singoli casi concreti che dovranno risolvere nella prassi<sup>144</sup>.

Allo stesso tempo, la riserva di legge impone che il giudice non crei a sua volta diritto ed operi scelte politiche<sup>145</sup>.

È opportuno qui osservare che, al fine di meglio attuare tale concezione del giudice, nei Paesi dell'Europa continentale si è deciso di selezionarli attraverso un pubblico concorso e di istituire un organo di autogoverno della magistratura capace

---

<sup>143</sup> Cfr. V. E. ORLANDO, *Principii*, cit., p. 44 ss.

<sup>144</sup> In tal senso, fra gli altri, Cfr. L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 597 ss. il quale sottolinea che talvolta si è voluto rinvenire l'origine dell'indipendenza e della separazione dei poteri in alcune concezioni espresse nella *Politica* dei ARISTOTELE o nel sistema delle magistrature romane. L'AUTORE, tuttavia, evidenzia che, in realtà, il problema dell'indipendenza dei giudici e della separazione dei poteri nasce soltanto con il diritto europeo di età intermedia.

<sup>145</sup> Tale concezione è frutto, come si è visto in precedenza, della figura del giudice elaborata da MONTESQUIEU come mera "bocca della legge". In tema Cfr. C. L. DE MONTESQUIEU, *op. cit.*, Libro VI, cap. II e III. Sul punto, inoltre, si veda V. E. ORLANDO, *Principii*, cit., pp. 209-210 in cui evidenzia che la concezione che vede nel Potere legislativo il produttore di leggi e nei giudici come i soggetti deputati ad applicarla «non è stata per altro sempre attuata nel concreto degli ordinamenti giudiziari: l'editto del pretore romano, sia per la generalità della sua formula, sia per le modificazioni indirettamente introdotte all'*ius civile*, può quasi definirsi un atto legislativo che pure proveniva da una magistrato partecipante al potere giudiziario».

di garantire l'indipendenza del potere giudiziario da altri poteri e l'autonomia tra i vari giudici.

In Francia, ad esempio, i giudici sono scelti, in via generale e salvo alcune eccezioni, tramite pubblico concorso sin dal 1906, in Italia dal 1865 e in Germania dal 1877<sup>146</sup>.

Nel nostro ordinamento, in particolare, è sancito nella Costituzione: che i «I giudici sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101, comma 2); che «La magistratura costituisce un organo autonomo e indipendente da ogni altro potere» (art. 104, comma 1); e che «Le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso (art. 106, comma 1). È, inoltre, previsto l'istituzione del Consiglio superiore della magistratura quale organo di autogoverno della stessa ed atto a garantire l'indipendenza e l'autonomia del potere giudiziario (artt. 104, commi 2-5, 105).

Per i sistemi dell'Europa continentale, quindi, è stata operata per la selezione dei magistrati una scelta diversa rispetto a quella adottata negli ordinamenti di *Common law*, nei quali vi è, tra l'altro, una commistione tra potere legislativo e giudiziario nella produzione di leggi, stante la presenza del principio dello *stare decisis*, e in cui i giudici sono scelti da parte dell'esecutivo o eletti direttamente dal popolo, solitamente tra figure che presentino uno specifico percorso politico-professionale<sup>147</sup>.

I giudici dell'Europa continentale, quindi, applicano il diritto così come stabilito dal legislatore, adeguandolo ai casi concreti attraverso le tecniche interpretative. Essi non possono operare scelte spettanti alla politica, salvo che il legislatore stesso abbia loro attribuito dei margini di discrezionalità attraverso una apposita previsione normativa<sup>148</sup>.

Tale concezione, però, pare entrare in crisi con l'avvento dello Stato costituzionale.

Con l'introduzione delle Costituzioni, infatti, se da un lato, come si è visto, il legislatore non risulta più scevro da vincoli nel legiferare, dall'altro, i giudici, soprattutto (ma non solo) quelli della Corte costituzionale, spesso, adoperano la

---

<sup>146</sup> In tema A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, pp. 578-581.

<sup>147</sup> Cfr., fra gli altri, L. SCAFFARDI, *Il potere giudiziario*, in T. FROSINI (a cura di), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, 2019, p. 255.

<sup>148</sup> A tal proposito V. E. ORLANDO, *Principii*, cit., p. 217 rileva che «Nei rapporti col potere legislativo, sta che il giudice deve giudicare non *de legibus*, ma *secundum leges*».



c.d. *interpretazione per valori* che talvolta pare dare luogo a scelte spettanti alla politica<sup>149</sup>.

Se è fuori dubbio, infatti, che il giudice debba applicare anche la Costituzione e che nell'interpretare la legge debba tenere conto anche dei principi costituzionali, a loro volta espressioni di valori, occorre che questa interpretazione per valori non sfoci in scelte di politica legislativa riservate al legislatore.

Questo pericolo risulta, tra l'altro, maggiormente rischioso quando la giurisprudenza si trova ad applicare "principi" costituzionali indeterminati e non le "regole" costituzionali nei quali il precetto legislativo risulta compiutamente disciplinato<sup>150</sup>.

Si pensi, ad esempio, a quanto sancito all'art. 13 della Costituzione in cui, dopo la parte in cui si afferma il *principio* della libertà personale, si trova sancita la *regola* che in caso di arresto in flagranza di reato i provvedimenti provvisori dell'autorità di pubblica sicurezza devono essere comunicati all'autorità giudiziaria entro quarantotto ore e convalidata da questa nelle successive quarantotto.

Si noti, tra l'altro, che l'interpretazione per valori rappresenta il tipico "metodo" che la Consulta adopera nell'interpretazione costituzionale, in quanto il testo costituzionale, è composto strutturalmente perlopiù da disposizioni indeterminate, espressione a loro volta di valori preminenti nell'ordinamento<sup>151</sup>.

Ciò non significa, però, che la Consulta operi scelte arbitrarie per il sol fatto che adoperi tale interpretazione, perché comunque agisce nei limiti indicati dal

---

<sup>149</sup> Sul passaggio dall'interpretazione meccanica del diritto da parte del giudice nello Stato di diritto ottocentesco all'interpretazione per valori nello Stato costituzionale si veda G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 179 ss. Si veda anche P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020.

<sup>150</sup> Sulla distinzione tra principi e regole nella Costituzione si veda G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2017, p. 210 ss.; nonché ID., *Il diritto*, cit. p. 148 ss.

<sup>151</sup> Sull'interpretazione per valori come interpretazione costituzionale e su "rischi" e "vantaggi" di tale interpretazione si vedano, in particolare, F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 8, 2019; A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 11 luglio 2006; F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 8 luglio 2005. In tema si veda anche I. DE CESARE, *Ritorno alla Costituzione: dall'integrazione valoriale alla centralità del testo. Una rilettura dell'interpretazione letterale*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 3, 2017, p. 1 ss.; G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2006.

testo della disposizione. Vi possono essere, tuttavia, dei margini più ampi nell'interpretare che potrebbero sfociare in possibili "abusi"<sup>152</sup>.

Sul punto non si può fare a meno di ricordare il pericolo ravvisato da C. SCHMITT in merito all'interpretazione per valori, che può dare luogo al c.d. valore "tiranno" che distrugge un altro valore<sup>153</sup>.

Il pericolo, tuttavia, nell'interpretazione costituzionale è in gran parte scongiurato dal bilanciamento che opera tra diritti costituzionali, che, pur facendo prevalere un valore sull'altro valore, non si spinge mai fino a negare del tutto quello che non prevale<sup>154</sup>.

Il pericolo che il giudice operi delle scelte di politica legislativa, inoltre, sembra avanzare a causa del fallimento della politica nel sapere effettuare delle scelte oculate per la vita dei cittadini<sup>155</sup>.

Come si diceva sopra, infatti, sembra avanzare il fenomeno della giurisprudenza che crea diritto anziché limitarsi ad applicarlo.

A volte, addirittura, anche la stessa Corte costituzionale, infatti, pare che agisca in tal senso, così come avremo modo di vedere meglio nel prosieguo della trattazione.

Se dovesse essere veramente così, infatti, potrebbe essere pericoloso per la tenuta dell'ordinamento.

Si corre, infatti, quello stesso rischio che provocò la tragedia di EDIPO RE, causata dal fatto di essere giudice e legislatore di se stesso, così come magistralmente illustrato da M. CARTABIA in un recente scritto sul punto. In tale scritto, infatti, l'AUTRICE evidenzia che la tragedia di EDIPO RE è scaturita da un difetto di conoscenza, «da un errore di valutazione, da una conoscenza parziale, da una grave svista, da una mancanza più che da una azione malvagia»<sup>156</sup>.

---

<sup>152</sup> Ibidem.

<sup>153</sup> C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, in G. GURISATTI (a cura di), Milano, 2008.

<sup>154</sup> In tal senso pure F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, cit.

<sup>155</sup> Al tal riguarda si veda S. ALEO, *Il modello*, cit., il quale, dopo avere posto in luce il fenomeno della perdita di centralità della legge, evidenzia che «il giudice è stato chiamato vieppiù a scelte di opportunità, di giustizia sostanziale; senza che, d'altra parte, queste trasformazioni siano state compensate da svolte e modificazioni, correzioni [...]».

<sup>156</sup> Così M. CARTABIA, *Edipo Re*, in M. CARTABIA, L. VIOLANTE (a cura di), *Giustizia e Mito*, Bologna, Bologna, 2018, p. 60.

E così come già scriveva F. GUIZOT nel 1821, quando i giudici prenderanno il posto della politica, «allora si vedranno leggi penali ricevere un'estensione non soltanto contraria ai loro termini, ma fuori dalla portata che esse possono raggiungere. Allora le definizioni saranno, per così dire, costrette ad aprirsi e ad ammettere ciò che esse non contenevano affatto. Allora le azioni saranno considerate in ragione delle persone; le intenzioni prenderanno il posto delle azioni; le presunzioni suppliranno alle prove»<sup>157</sup>.

È sulle predette questioni, quindi, su cui ci si concentrerà nei capitoli che seguiranno.

In particolare, il lavoro si propone di raggiungere i seguenti fini: comprendere l'attuale sistema delle fonti del diritto penale; verificare se effettivamente vi sia in atto un ridimensionamento della riserva di legge in materia penale da parte degli ordinamenti sovranazionali europei e se tale impostazione risulti compatibile con il concetto di sovranità dello Stato; appurare se il ruolo del giudice risulti in espansione rispetto agli spazi di discrezionalità giudiziaria espressamente concessi dall'ordinamento e, di conseguenza, verificare se ciò risulti conforme alla teoria della separazione dei poteri.

---

<sup>157</sup> Così F. GUIZOT, *Cospirazioni e giustizia politica*, in A. CARRINO (a cura di), *I giudici e la politica*, Napoli, 2002, p. 15.

## CAPITOLO II

### LA RISERVA DI LEGGE PENALE TRA COSTITUZIONE REPUBBLICANA E CODICE ROCCO

SOMMARIO: 1. Il principio di legalità dei reati e delle pene. 2. La natura della riserva di legge in materia penale. 3. Le fonti del diritto penale. 3.1. La legge costituzionale, la legge formale ordinaria del Parlamento e la «problematica prassi» dei maxi-emendamenti con la questione di fiducia. 3.2. Il decreto legislativo e il decreto legge in materia penale. 3.3. Premessa “*alla guerra*”. La guerra nel diritto internazionale e nel diritto costituzionale. 3.3.1. I decreti governativi in tempo di guerra e i bandi militari. 3.4. Le leggi regionali in materia penale nel dibattito anteriore e posteriore alla riforma del Titolo V, della Parte II, della Costituzione. La questione degli illeciti amministrativi e i nuovi riflessi regionali delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali. 3.5. I regolamenti governativi e il rinvio agli atti amministrativi individuali e concreti. Cenni alle norme penali in bianco. 3.6. La consuetudine, l’equità e le linee guida nel settore sanitario. 3.7. Le fonti (im)mediate del diritto penale: il diritto internazionale e il diritto straniero.

#### **1. Il principio di legalità dei reati e delle pene**

Il principio di legalità penale nella Costituzione italiana è sancito all’art. 25, commi 2 e 3.

All’art. 25 Cost., infatti, dopo l’affermazione del principio del giudice naturale precostituito per legge, al comma 2, è sancito che «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» e, al comma 3, che «Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge».

Il principio di legalità penale trova, altresì, affermazione anche a livello di fonti primarie e, nello specifico, agli artt. 1, 2 e 199 del codice penale del 1930.

In particolare, all’art. 1 c.p. è previsto che «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite» e, in linea con l’accoglimento nel nostro ordinamento del doppio binario sanzionatorio, all’art. 199 c.p. è sancito che

«Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti».

In aggiunta per i soli reati e per le sole pene è disposto all'art. 2 c.p., comma 1, che «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato». Nei successivi commi è regolata la successione delle leggi penale nel tempo basata sul principio di retroattività della legge più favorevole, con l'indicazione dei relativi limiti ed eccezioni.

Per quanto riguarda le misure di sicurezza, invece, come si vedrà meglio nel prosieguo della trattazione, non si applica il disposto di cui all'art. 2 c.p., ma vige il principio del *tempus regit actum*.

Ciò premesso, è opportuno osservare che la vigente formulazione dei commi 2 e 3 dell'art. 25 Cost. è frutto di un ampio dibattito in seno all'Assemblea costituente e del quale se ne occupò la I Sottocommissione, trattante, appunto, i lavori riguardanti i «Diritti e doveri dei cittadini»<sup>1</sup>

La formulazione originaria, prevista all'art. 20, comma 2, del *Progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, prevedeva che «Nessuno può essere punito se non in virtù di una legge in vigore prima del fatto commesso e con la pena in essa prevista, salvo che la legge posteriore sia più favorevole al reo».

L'importanza di ribadire il principio di legalità penale nella Costituzione italiana, così come emerge dai lavori preparatori svoltisi in seno all'Assemblea costituente, in particolare, fu sostenuta nelle sedute del 26-27 marzo 1947 dagli Onorevoli BETTIOL, BELLAVISTA e Giovanni LEONE, i quali evidenziavano che, nonostante questo fosse già sancito nel Codice penale, risultava necessario fornire a tale principio un fondamento costituzionale<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Nella sua prima seduta avvenuta in data 20 luglio 1946 la Commissione, dopo aver eletto il suo Presidente, i vicepresidenti e i segretari, procedette nei lavori suddividendosi in tre Sottocommissioni: alla I Sottocommissione fu dato l'incarico di occuparsi dei «Diritti e doveri dei cittadini», alla II Sottocommissione, divisa in due Sezioni, di occuparsi rispettivamente dell'«Ordinamento costituzionale della Repubblica» e del «Potere giudiziario», alla III Sottocommissione dei «Diritti e doveri economico-sociali». L'Assemblea tenne 347 sedute che durarono fino al 22 dicembre 1947. Per maggiori dettagli sul punto si veda V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma, 1949, p. 9 ss.

<sup>2</sup> Cfr. S. M. CICONETTI, M. CORTESE, G. TORCOLINI, S. TRAVERSA, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Vol. I, Roma, 1970, pp. 674-675, 686-687, 700, sedute del 26-27 marzo 1947.

Gli Onorevoli BETTIOL e BELLAVISTA, infatti, sottolineavano tale importanza in quanto in passato il principio di legalità penale era stato del tutto superato con l'accoglimento nel regime nazista e sovietico del principio di legalità sostanziale<sup>3</sup>.

In seno all'Assemblea costituente, tuttavia, non mancarono voci contrarie in proposito, nello specifico quella dell'On. DI GLORIA, mosso dalla considerazione che si trattasse già di principi consolidati nella tradizione giuridica italiana e che avrebbero trovato migliore collocazione nel Codice penale e nel Codice di procedura penale<sup>4</sup>.

La maggior parte dei membri dell'Assemblea costituente, però, espressero posizioni favorevoli in ordine alla previsione in Costituzione del principio di legalità penale.

Come evidenziato dall'On. BELLAVISTA, infatti, benché il principio di legalità sembrasse una garanzia già acquisita nella maggior parte degli ordinamenti dell'Europa continentale, era bene ribadirlo in Costituzione «perché qualsiasi richiamo alla *analogia legis*, in materia penale, ci porterebbe alle conseguenze di quella cattiva digestione del giudice, che è arbitrio, sopruso, tirannide, di cui alle immortali pagine di Cesare Beccaria»<sup>5</sup>.

Maggiori dubbi, invece, furono espressi in merito alla previsione nella nuova Costituzione del collegato principio della retroattività della legge penale più favorevole, così come disposto nell'originario art. 20 del Progetto di Costituzione.

Come sottolineato dall'On. CRISPO, infatti, al quale si affiancarono gli Onorevoli CARBONI e Giovanni LEONE, sembrava risultare incompleto in assenza della indicazione di limiti in tema di leggi temporanee ed eccezionali<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> A tal proposito, come riportato Ivi., p. 675, l'On. BETTIOL nella seduta del 26 marzo 1947 affermava «E lo dico perché sono preoccupato da una recente manifestazione di parte socialista, a proposito di un «diritto penale socialista», nel quale, onorevoli colleghi, si ricalcano chiaramente e decisamente i passi segnati dal nazismo in materia penale. Si chiede l'abolizione del principio di legalità; si chiede, in un libro di Giotto Bonini, che il reato sia spostato dall'evento all'azione; si chiede l'eliminazione non già nei confronti di individui colpevoli, ma di individui considerati dannosi; e non soltanto individui dannosi da un punto di vista politico, ma anche da un punto di vista umano, materiale, biologico, come i pazzi, i deformati e via dicendo. Io sono preoccupato di queste manifestazioni di pensiero».

<sup>4</sup> Cfr. Ivi, p. 697, seduta del 27 marzo 1947.

<sup>5</sup> Così Ivi, p. 687, seduta del 26 marzo 1947.

<sup>6</sup> Nella seduta del 26 marzo 1947, in particolare, in Ivi, p. 677, l'On. CRISPO affermava «Richiamo ora la vostra attenzione sulla disposizione dell'articolo 20 il quale stabilisce che «nessuno può

Diversi emendamenti all'articolo furono così proposti nelle sedute del 15 aprile 1947 e alla fine venne accolto quello degli Onorevoli Giovanni LEONE, BETTIOL, Gesumino MASTINO, NOTARIANNI, FIRRAO, BALDUZZI, LAZZATI, GATTA, DE MICHELE e FANFANI, nel quale era affermata la vigente formulazione dell'art. 25, comma 2, Cost<sup>7</sup>.

Venne, in particolare, espunto il riferimento al principio di retroattività della legge più favorevole, eliminando alla radice il problema dell'indicazione dei limiti per le leggi temporanee ed eccezionali, che mal si prestavano alle esigenze di «economia di una Carta Costituzionale», e il riferimento alla pena «la quale è implicita nel concetto di legge penale, perché quando si dice che non si può punire per una legge non in vigore al momento del fatto, si fa accenno ai due momenti, precetti e sanzione[...] [altrimenti si] rischi[erebbe] di dover risolvere tutta la ricca casistica dei problemi di successione»<sup>8</sup>.

Gli On. Giovanni LEONE e BETTIOL, infine, proposero pure l'aggiunta del vigente terzo comma in ordine all'applicazione del principio di legalità penale anche per le misure di sicurezza, considerato l'accoglimento del doppio binario sanzionatorio nel nostro ordinamento<sup>9</sup>.

---

essere punito se non in virtù di una legge in vigore prima del fatto commesso, e con la pena in essa prevista, salvo che la legge posteriore sia più favorevole al reo». Noi intendiamo per legge più favorevole al reo sia la legge che cancella un fatto dal novero dei reati, sia la legge che attenua la sanzione penale in rapporto alla legge precedente. Tale norma è di facile comprensione. Ma l'articolo presenta una lacuna. Avete, signori della Commissione, voluto comprendere nella legge favorevole successiva anche la legge eccezionale? Anche la legge temporanea, anche la legge di guerra? Evidentemente no, perché è chiaro che una legge eccezionale o temporanea punisce un fatto in base a determinate, particolari condizioni eccezionali, sì che la legge successiva più favorevole non può trovare applicazione in rapporto al fatto previsto e punito con la legge precedente, intesa a provvedere ad una situazione anormale, della quale intanto, non tennero conto coloro che la legge violarono. Bisogna, adunque, esprimere tale concetto ed escludere, nel caso di successione di leggi, l'applicazione della legge più favorevole, ove si tratti di leggi temporanee od eccezionali. Altrimenti resterebbe un evidente contrasto tra la disposizione dell'articolo 20 e la disposizione del Codice penale». Per le posizioni degli Onorevoli CARBONE e Giovanni LEONE si vedano le sedute del 26-27 marzo 1947, in Ivi, pp. 680, 701.

<sup>7</sup> Cfr. Seduta del 15 aprile 1947 in Ivi, pp. 896, 900-901.

<sup>8</sup> Così l'On. Giovanni LEONE, che ebbe facoltà di svolgere l'emendamento, nella seduta del 15 aprile 1947 in Ivi, p. 896.

<sup>9</sup> Cfr. Ivi, p. 898-899.

Il principio di retroattività favorevole, di conseguenza, non ha trovato fondamento costituzionale nell'art. 25 Cost., a differenza di quanto è previsto dall'art. 2 c.p., essendo stato affermato in tale sede soltanto il principio di legalità<sup>10</sup>.

Ciò posto, occorre avvertire che l'espressa affermazione del principio di legalità penale anche a livello costituzionale ne ha comportato un mutamento qualitativo.

Sotto la vigenza dello Statuto Albertino, infatti, considerata la sua natura flessibile, l'affermazione del principio di legalità penale era da considerare un mero "autolimita" per il legislatore, che poteva facilmente essere derogato attraverso un ulteriore atto di legge ordinaria. Con l'entrata in vigore della Costituzione italiana, invece, preso atto della sua natura rigida, il principio di legalità penale ha assunto un significato qualitativamente diverso, poiché diviene un "eterolimita" per il legislatore<sup>11</sup>.

Proseguendo con la disamina del principio qui oggetto di trattazione, come si è visto in precedenza, nel nostro ordinamento, sia a livello costituzionale che a livello di normazione primaria, è accolto in materia penale il principio di legalità formale che si contrappone al principio di legalità sostanziale, affermato, ad esempio, come si è già visto, nel regime nazista e in quello sovietico<sup>12</sup>.

Nonostante, quindi, in Italia il Codice penale vigente sia stato adottato sotto il regime fascista, a differenza di quanto avvenuto in altri Stati totalitari, prevalse l'importanza del principio di legalità in materia penale, così come emerge anche dalle motivazioni in merito dedotte nei lavori preparatori del Codice e nella Relazione al Re del Guardasigilli ROCCO<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Si badi che, come vedremo di seguito, ciò non significa che il principio del *favor rei* non trovi alcuno fondamento costituzionale. Questo è stato, infatti, ricavato da altre disposizioni costituzionali sia dalla giurisprudenza costituzionale sia per opera dell'influenza del diritto CEDU nel nostro ordinamento. Per ulteriori approfondimenti si rimanda al paragrafo sull'applicazione della legge penale nel tempo.

<sup>11</sup> In tal senso Cfr. M. TRAPANI, voce *Legge penale: I. Fonti*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 2.

<sup>12</sup> Cfr. Cap. I, § 5.

<sup>13</sup> In particolare, Cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale. Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco. Relazione sul Libro I del Progetto*, Vol. V, Parte I, Roma, 1929, p. 19 in cui si afferma che il principio di legalità «continuerà a costituire il presidio massimo per la libertà dei cittadini, la quale non può essere penalmente



Sono accolti, in particolare, tutti i corollari del principio di legalità penale, ossia quello della riserva di legge, il principio di tassatività, il principio di irretroattività e il divieto di analogia.

La *ratio legis* è quella di punire il reo soltanto in presenza di un fatto previsto espressamente dalla legge come reato e che sia in vigore nel momento in cui viene commesso. In assenza di tale legge, infatti, nel nostro ordinamento non è possibile punire comportamenti ancorché questi risultino antisociali e offensivi di interessi particolari della comunità.

La selezione dei fatti punibili, inoltre, deve essere operata dal legislatore, rappresentante dei cittadini e diretta espressione del principio di sovranità popolare sancito all'art. 1 della Costituzione<sup>14</sup>.

Il principio di legalità penale con i corollari che lo connotano rappresenta, dunque, una garanzia per il cittadino, il quale potrà ben calcolare prima di porre in

---

limitata, se non in seguito ad un espresso divieto del legislatore, né con sanzioni, che non siano state antecedentemente da questo stabilite».

<sup>14</sup> Come sottolinea, infatti, A. MORRONE, *Articolo 1*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI, *La Costituzione italiana*, Vol. I, Bologna, 2021, pp. 20-22 «Nel qualificare la Repubblica come democratica, l'art. 1 Cost vuole dare una connotazione precisa alla forma di Stato. Ricorrere al concetto di democrazia equivale a prescrivere che l'organizzazione della Repubblica italiana abbia determinate caratteristiche (e non altre). Il problema, però, è stabilire cosa sia questa forma specificamente democratica. La Repubblica è democratica perché fonda il potere politico sul suffragio universale [...] affinché la fonte di legittimazione del potere sia esclusivamente la comunità politica. Il principio democratico si confonde, così, come quello di sovranità popolare. [...] Attribuire la sovranità al popolo equivale ad assegnare, in via definitiva, alla comunità politica la titolarità e l'esercizio dei poteri in cui quella si estrinseca. [...] qualsiasi decisione che riguarda la Repubblica spetta al popolo italiano [...]. Dal punto di vista dei procedimenti, in una democrazia moderna il popolo governa con o senza mediazioni, con decisioni dirette (acclamazione, referendum, consultazioni informatiche etc.), o attraverso rappresentanti [...]». Con specifico riferimento al rapporto tra diritto penale e democrazia G. FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Foro italiano*, 134, 1, 2011, p. 1 ss. nota che la sovranità popolare, talvolta, potrebbe comportare l'effetto dell'uso del diritto penale come strumento nelle mani della maggioranza per perseguire scopi di natura politica. L'Autore, in particolare, esamina alcune vicende della prassi italiana in cui il diritto penale è stato adoperato, per scopi politici, creando un diritto penale del nemico volto a reprimere condotte non offensive di alcun bene giuridico, ma punite perché commesse da chi riveste un particolare *status*. Si riferisce, in particolare, alla ormai non più vigente – perché dichiarata incostituzionale – circostanza aggravante della clandestinità, che prevedeva un aumento di pena nel caso in cui il reato fosse stato commesso da un extra-comunitario clandestino durante la sua presenza nel territorio italiano.

essere un dato comportamento le conseguenze della propria condotta, così da potersi autodeterminare e scegliere come agire.

I predetti corollari della legalità penale trovano affermazione sia nella Costituzione che nel Codice penale.

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, tuttavia, considerate le diverse espressioni adoperate nella Carta fondamentale e negli articoli del Codice penale dedicati al principio di legalità, ci si era domandati se la Carta fondamentale avesse accolto tutti i corollari della legalità penale già sanciti a livello di fonti primarie.

Il testo dell'art. 25 Cost., infatti, presenta una formulazione sintetica rispetto a quanto previsto negli articoli dedicati al principio di legalità nel Codice penale.

All'art. 25 Cost., in particolare, manca l'avverbio "espressamente" previsto invece all'art. 1 c.p. e ciò aveva indotto a pensare che in seno all'Assemblea costituente non fosse stato accolto il principio di tassatività della legge penale.

Manca, inoltre, a differenza di quanto avviene all'art. 1 c.p., qualsiasi riferimento alle pene.

Valorizzando la *ratio* garantista del principio di legalità penale, però, è stato sostenuto, pressoché all'unanimità dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che, nonostante la sintetica formulazione dell'art. 25 Cost., non vi è alcuna differenza tra quanto previsto a livello di normazione primaria e ciò che è sancito nella Costituzione.

Si è evidenziato, quindi, che l'art. 25 Cost. *minus dixit quam voluit*, perché, in presenza di una legge formale in materia penale priva di un contenuto tipico degli elementi che integrano il reato oppure di un fatto previsto dalla legge come reato e nel quale sia permesso al giudice di determinare la pena a suo piacimento, senza un'espressa indicazione del legislatore, il principio di legalità perderebbe ragion d'essere, venendo meno quella sua tipica *ratio* garantista che lo ha caratterizzato fin dalle concezioni dell'Illuminismo<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> A tal proposito Cfr., fra gli altri, R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Molfetta, 2018, p. 5 ss.; A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Riv. AIC*, 2, 30 maggio 2014; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, p. 73 ss.; S. LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2004, p. 122 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 215 ss.; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione ed aspetti costituzionali*, Vol. I, Milano, 1965, p. 229 ss. e p. 323 ss.; B. PETROCELLI, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in *Saggi di diritto penale*, II Serie, Padova, 1965, p. 187 ss. Sul punto è stato sottolineato da P. PITTARO,

In aggiunta, in merito all'accoglimento del principio di legalità delle pene anche nella Costituzione, si può osservare che il legislatore costituente lo sancisce anche per le misure di sicurezze - ancorché in questo caso abbia deciso di non applicare uno dei corollari della legalità, ossia quello della irretroattività della legge penale - e, quindi, non si comprenderebbe perché non avrebbe dovuto farlo per le pene, sia principali che accessorie, ben più afflittive e maggiormente incidenti sulla libertà personale del reo rispetto alle predette misure.

L'affermazione del principio di legalità delle pene anche nella Costituzione, infine, oltre ad essere stato accolto anche dalla Corte costituzionale<sup>16</sup>, emerge anche dai lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, così come si è avuto modo di vedere sopra<sup>17</sup>.

In tema di legalità delle pene, però, occorre osservare che non sempre il legislatore prevede delle pene fisse, ossia determinate nel *quantum* in modo espresso, ma al fine di permettere al giudice di meglio adeguare la pena al caso concreto, di solito, si limita a livello legislativo ad indicare un minimo e un massimo di durata o di importo pecuniario da pagare, lasciando al giudice la potestà di determinare in concreto la sanzione da irrogare mantenendosi nell'ambito della predetta cornice edittale.

---

Art. 25, commi 2 e 3, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 253 che «la *ratio* di garanzia del cittadino [...] [è una] conclusione cui si giunge tramite un processo ermeneutico letterale, sistematico e storico (art. 12 disp. prel.). L'interpretazione letterale insiste sul particolare *incipit* dei tre commi di tale articolo, caratterizzati, in forma molto icastica, non da un'affermazione (“tutti hanno diritto a”, come ad es. negli artt. 19 e 21 Cost.), ma da una negazione seguita dal verbo passivo (“nessuno può essere” distolto, punito, sottoposto), ove il soggetto attivo potrebbe operare a danno del singolo [...]. L'interpretazione sistematica rileva la posizione topografica della disposizione situata nel contesto dei diritti civili del cittadino, dopo che i principi fondamentali hanno enunciato (art. 2 Cost.) che la Repubblica riconosce (e, quindi, non crea, ritenendoli pre-esistenti) i diritti fondamentali dell'uomo. Infine, l'interpretazione storica, secondo l'intenzione del legislatore costituente suffraga tale *ratio* garantistica, contrapponendosi al regime autoritario fascista ove, sia pur in presenza di similari principi liberali, ad essi è stato possibile derogare, data la natura flessibile, e non rigida, dello Statuto albertino [...]».

<sup>16</sup> In tal senso si veda, fra le altre, la nota Corte cost., sent. n. 15, 7-12 marzo 1962, in *Gazz. Uff.*, n. 72, 17 marzo 1962 in cui si afferma «L'art. 25 Cost., comma 2 [...] affermando che nessuno può essere punito se non in forza di legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, non soltanto proclama il principio della irretroattività della norma penale, ma da fondamento legale alla potestà punitiva del giudice. E poiché questa potestà si esplica mediante l'applicazione di una pena adeguata al fatto ritenuto antiggiuridico, non si può contestare che pure la individualizzazione della sanzione da comminare risulta legata al comando della legge».

<sup>17</sup> Cfr. quanto sostenuto dall'On. Giovanni LEONE nella seduta del 15 aprile 1947.

La commisurazione della pena, infatti, è volta alla concreta rieducazione del reo, così come sancito all'art. 27 Cost., ed è uno degli spazi di discrezionalità penale riservati al giudice e che saranno approfonditi nel prosieguo della trattazione<sup>18</sup>.

Il principio di legalità, quindi, copre gli elementi essenziali reato e le circostanze del reato, nonché le pene principali e accessorie, e le misure di sicurezza.

La *ratio* garantista del principio comporta che i corollari della legalità lascino dei margini di discrezionalità giudiziaria in tema di circostanze attenuanti e, secondo un determinato orientamento, delle cause di esclusione della colpevolezza e delle scriminanti del reato. In tal modo, infatti, risulta possibile attenuare le conseguenze sanzionatorie di un fatto-reato in presenza nel caso concreto di particolari elementi che rendono in modo minore meritevole di pena il reo.

Le scriminanti di reato, in particolare, sono quelle norme che vanno ad escludere l'antigiuridicità di un determinato fatto, rendendolo lecito. Si tratta di un fatto autorizzato da un'altra disposizione dell'ordinamento<sup>19</sup>.

Si distinguono, a loro volta, dalle cause di esclusione della colpevolezza o scusanti e dalle cause di non punibilità in senso stretto.

---

<sup>18</sup> Sulle funzioni della pena nella Costituzione si veda, fra gli altri, A. AVERARDI, *La Costituzione «dimenticata» la funzione rieducativa della pena*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 2021, p. 145 ss.; E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2019, p. 3 ss.; P. CERVO, *Il valore costituzionale della pena*, in *La Giustizia Penale*, 2, 2019, p. 109 ss.; M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato tra “ideologia correzionalistica” del trattamento e “garanzie” costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 3, 2018, p. 1693 ss.; D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi, politica*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 2, 2016, p. 559 ss.; I. A. NICOTRA, *Pena e reinserimento sociale ad un anno dalla “sentenza Torregiani”*, in *Riv. AIC*, 2, 30 maggio 2014; G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Riv. AIC*, 2, 30 maggio 2014.

<sup>19</sup> In letteratura per maggiori approfondimenti si veda, fra gli altri, F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazioni: necessità e limiti*, Torino, 2018; G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino 2016; G. LATTANZI, E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. II, Milano, 2010, p. 766 ss.; F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007; F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000; S. MOCCIA (a cura di), *Antigiuridicità e cause di giustificazioni. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Napoli, 1996; M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 58 ss.

Le cause di esclusione della colpevolezza, infatti, rendono il fatto concreto scusabile per mancanza del dolo o della colpa da parte dell'autore. Il fatto-reato, quindi, non perde la sua tipicità e antigiuridicità, ma diviene non punibile per mancanza di volontà colpevole<sup>20</sup>.

Le cause di non punibilità in senso stretto, invece, rendono il fatto-reato, che è tipico, antigiuridico e colpevole, non punibile per ragioni di opportunità<sup>21</sup>.

Nello specifico, per quanto riguarda le scriminanti di reato è stato precisato da alcuni che queste siano norme di favore e che, quindi, sottolineando la *ratio* di garanzia, non risultano sottoposte al principio di legalità di cui all'art. 25, commi 2 e 3, Cost. In aggiunta, possono essere previste da qualsiasi norma dell'ordinamento, anche da una fonte-fatto. Al medesimo esito giunge chi ritiene che le scriminanti non siano nemmeno norme penali, in quanto previste per diversi fini in altri rami dell'ordinamento e che vanno a rendere lecito un dato comportamento, escludendone l'antigiuridicità<sup>22</sup>.

Non manca, tuttavia, chi sostiene che trattasi di norme penali, poiché ritenute come elemento negativo del fatto tipico<sup>23</sup>.

In ogni caso, si sottolinea che, derogando a una norma penale, in virtù della gerarchia delle fonti, dovrebbero essere soltanto quelle previste da fonti di pari rango; tale dottrina, però, sottolinea che questa impostazione è posta in modo evidente in crisi dalla previsione all'art. 51 c.p. della scriminante dell'esercizio del diritto, che rende giustificati tutti i fatti previsti da una norma dell'ordinamento<sup>24</sup>.

A tal proposito, pare che, se pur vero che le scriminanti non sembrano rientrare nel fatto tipico di reato, ma risultano espressione di altri rami dell'ordinamento diverso da quello penale e, quindi, non sottoposti a tutti i corollari della legalità *ex art. 25 Cost.*, occorre pure evidenziare che queste, in virtù della gerarchia delle fonti, non possono di per sé essere espressione di una fonte che non abbia almeno pari rango a quella penale.

---

<sup>20</sup> Ibidem. In tema si veda anche E. VENAFRÒ, *Scusanti*, Torino, 2002.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico criminali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, p. 1190 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 189.

<sup>23</sup> C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1960, p. 142 ss.; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, p. 277 ss.; M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951.

<sup>24</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993, p. 345.

In altri termini, la scriminante, infatti, pur non dovendo essere tipica, sottoposta alla irretroattività della legge penale o al divieto di analogia, deroga comunque a una norma penale e, pertanto, deve avere pari rango o superiore alla norma che prevede il reato.

Alle medesime conclusioni potrebbe giungersi pure valorizzando la *ratio* di favore del principio di legalità penale.

Rimane ferma la possibilità, tuttavia, che le scriminanti previste da fonti subordinate alla legge penale siano espressamente applicabili in virtù del richiamo operato da una norma di rango pari alla norma penale, come avviene, di fatto, all'art. 51 c.p. e che autorizza la deroga.

Con riguardo, invece, alle cause di esclusione della colpevolezza, pur essendo norme da considerarsi strettamente penali sottoposte alla riserva di legge, l'orientamento dominante più recente esclude, comunque, l'applicazione della totalità dei corollari della legalità penale sulla base della *ratio* di garanzia espressa dal principio di legalità e ammette, ad esempio, come meglio vedremo, l'applicazione analogica<sup>25</sup>.

Sottoposti, invece, a tutti i corollari della legalità sono le cause di non punibilità in senso stretto, in quanto norme penali eccezionali, dettate da ragioni di opportunità politica, e per le quali spetta al solo legislatore decidere in presenza di quali requisiti specifici risultano applicabili.

## **2. La natura della riserva di legge in materia penale**

La Costituzione riserva la disciplina di alcuni settori alla legge, sottraendola, in tutto o per certi aspetti, alla concorrenza con le altre fonti del diritto.

La riserva di legge, quindi, è volta a far divenire la disciplina di alcune determinate materie prerogativa dell'organo rappresentativo dei cittadini, vale a dire il Parlamento, sottraendolo alla potestà normativa del Potere esecutivo<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Sul punto si veda la recentissima Sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione, Cass. pen, Sez. Un., n. 10381, 26 novembre 2020-13 marzo 2021, che ha esteso l'applicabilità della causa di giustificazione di cui all'art. 384 c.p. al convivente *more-uxorio* ritenendola una causa di esclusione di colpevolezza, sulla base dell'orientamento che ritiene possibile per tali cause l'interpretazione analogica in *bonam partem*.

<sup>26</sup> Sul punto in F. GIUFFRÈ, I. A. NICOTRA, F. PATERNITI, *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino, 2020, p. 361 è affermato che «La riserva di legge fu uno dei principali elementi che caratterizzeranno la transazione dello Stato assoluto allo Stato liberale. Essa, infatti, limitò i poteri

Nella Costituzione si rinvencono numerose riserve di legge<sup>27</sup>.

Si rinviene, in particolare, la *riserva di legge costituzionale*, con la quale si prevede che la disciplina di una materia avvenga soltanto con leggi costituzionali; la *riserva di legge a favore dei regolamenti parlamentari* per il funzionamento del Parlamento; la *riserva di legge formale*, con cui è imposto al legislatore di intervenire in un determinato settore soltanto con la legge adottata dal Parlamento ai sensi degli artt. 70-74 Cost. e non è possibile, invece, adoperare gli atti ad essa equiparati; e, infine, la *riserva di legge ordinaria*, con cui è permesso l'intervento sia della legge formale che degli atti aventi forza di legge<sup>28</sup>.

La riserva di legge, inoltre, può essere *assoluta* o *relativa*. La *riserva di legge assoluta* si ha quando la Costituzione impone che l'intera disciplina di una materia sia riservata alla legge o agli atti aventi la medesima forza. La *riserva di legge relativa*, invece, si ha quando la Costituzione prevede l'intervento della legge o degli atti ad essa equiparati soltanto per ciò che riguarda i principi fondamentali, permettendo il concorso di fonti subordinate, come i regolamenti governativi, per la disciplina di dettaglio<sup>29</sup>.

Occorre osservare, però, che comprendere se si è in presenza di una riserva di legge assoluta o relativa non è compito facile per l'interprete, il quale, di solito, si basa sul dato letterale della norma o sulla *ratio* della riserva di legge che rileva, di volta in volta, nel singolo caso oggetto di esame. La riserva di legge assoluta, frequentemente, è indicata con espressioni come «nei soli casi e modi previsti dalla legge», «se non in forza di una legge», come, ad esempio, nell'art. 13 Cost.; quella

---

normativi del Sovrano attribuendo alle Assemblee elettive il compito di legiferare in alcuni settori particolarmente delicati. In particolare, in materia di diritti e libertà, si ritenne che solo la legge – quale fonte votata dagli organi rappresentativi della sovranità popolare – avrebbe potuto tutelare e garantire i cittadini dagli arbitrii dell'Esecutivo».

<sup>27</sup> Sulla riserva di legge nell'ordinamento italiano si veda, fra gli altri, G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge"*. *Evoluzioni costituzionali, influenze sovranaturali*, Torino, 2019; L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, p. 1 ss.; R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1989, p. 1213 ss.; F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, Vol. I e II, Genova, 1980; A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento italiano*, Torino, 1969; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; S. FOIS, *La riserva di legge*, Milano, 1963; G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962. Per la manualistica si veda a F. GIUFFRÈ, I. A. NICOTRA, F. PATERNITI, *op. cit.*, p. 361 ss; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2019, p. 353 ss.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

relativa, invece, da espressioni come «in base alla legge», «secondo le disposizioni di legge» e simili formulazioni, come avviene all'art. 23 Cost<sup>30</sup>.

Nella Costituzione, infine, si rinvengono altri due tipi di riserva di legge: la *riserva di legge rinforzata per contenuto*, nella quale è imposto al legislatore non soltanto che la disciplina della materia debba avvenire per legge, ma anche che questa debba avere un preciso contenuto; e la *riserva di legge rinforzata per procedimento*, che obbliga il legislatore a seguire, appunto, un particolare procedimento per disciplinare uno specifico settore dell'ordinamento<sup>31</sup>.

Ciò posto, come abbiamo visto, all'art. 25, comma 2, Cost., è prevista una riserva di legge in materia penale, come espressione di uno dei corollari del principio di legalità.

Con tale riserva di legge si è voluto evitare, da un lato, l'intervento di fonti diverse da quelle primarie (c.d. aspetto negativo) e, dall'altro, l'intrusione arbitraria in scelte di politica criminale da parte del giudice, che dovrà osservare quanto tassativamente sancito dal legislatore (c.d. aspetto positivo).

La natura della riserva di legge in materia penale è stata al centro del dibattito degli interpreti per lungo tempo, dibattito che non è stato ancora sopito.

Ci si è interrogati, innanzitutto, in merito alla natura formale oppure ordinaria della riserva di legge in questione. Ci si è domandati, inoltre, se trattasi di una riserva di legge assoluta oppure relativa, nonché se sia permesso dalla Costituzione l'intervento in materia penale di altre fonti non statali, come quello delle leggi regionali o delle fonti sovranazionali.

A questi interrogativi si cercherà di dare risposta nei paragrafi e capitoli che seguiranno, dopo aver verificato i termini del dibattito e gli orientamenti seguiti nella prassi in materia.

Per quanto concerne la natura formale o ordinaria della riserva di legge in materia penale, occorre osservare che la *ratio* garantista che connota l'art. 25, comma 2, della Costituzione sembrerebbe imporre che le scelte in un settore così delicato dovrebbero essere riservate solo ed esclusivamente alla volontà dell'organo parlamentare, rappresentante direttamente eletto dal popolo.

In tal senso sembrano deporre anche alcune pronunce della Corte costituzionale, nelle quali si pone in luce che l'art. 25, comma 2, Cost. riserva al solo Parlamento le scelte di natura criminale, poiché incidenti sui diritti

---

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> Ibidem.



fondamentali del cittadino e che possono, quindi, essere assunte soltanto dall'organo espressione della volontà popolare<sup>32</sup>.

Le esigenze del diritto penale, tuttavia, impongono talvolta che ad intervenire sia pure il Potere esecutivo.

Il Governo, infatti, potrà procedere a legiferare con maggiore competenza tecnica in alcuni settori dell'ordinamento penale attraverso l'adozione di decreti legislativi o potrà emanare dei decreti legge in materia qualora si fosse in presenza di casi straordinari di necessità ed urgenza.

Non sempre è facile, infatti, per il Parlamento disciplinare in modo efficace in alcuni settori penali altamente tecnici o quando si ravvisano esigenze di necessità e di urgenza che non permettono di potere aspettare i lunghi tempi del procedimento legislativo ordinario.

Nel caso di adozione di un decreto legge, tra l'altro, si deve tenere conto della circostanza che sarà possibile un controllo del Parlamento in sede di conversione. In aggiunta, la Corte costituzionale potrà procedere alla sussistenza dei presupposti straordinari di necessità ed urgenza che legittimano il Governo all'emanazione del decreto legge<sup>33</sup>.

Il controllo parlamentare, inoltre, sarà possibile anche in occasione dell'emanazione della legge delega da parte dell'organo parlamentare, che per ragioni di opportunità sarebbe bene che in tale delega legislativa indicasse con stringente precisione l'oggetto e principi e criteri direttivi a cui dovrà attenersi il Governo nell'esercizio della potestà normativa prevista dall'art. 76 Cost, così da permettere un eventuale, successivo ed efficace sindacato della Corte Costituzionale nel caso in cui venissero superati i limiti previsti.

---

<sup>32</sup> Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 394, 8-23 novembre 2006, in *Gazz. Uff.*, n. 47, 29 novembre 2006; Corte cost., sent. n. 230, 8-12 ottobre 2012, in *Gazz. Uff.*, n. 41, 17 ottobre 2012.

<sup>33</sup> In tal senso, *ex pluribus*, Corte cost., sent. n. 83, 24 febbraio–5 marzo 2010, in *Gazz. Uff.*, n. 10, 10 marzo 2010. Sul punto Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, p. 11 ss.; A. CELOTTO, *Controlli sul decreto legge*, in Aa.Vv., *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2016.

Per tali ragioni, dunque, condivisibilmente, la giurisprudenza prevalente della Corte Costituzionale<sup>34</sup>, la dottrina maggioritaria<sup>35</sup> e, come vedremo più dettagliatamente in seguito, la prassi hanno ammesso l'uso degli atti aventi forza di legge anche in materia penale.

Per quanto concerne, invece, la natura assoluta o relativa della riserva di legge in materia penale, occorre evidenziare che anche in questo caso sono state avanzate diverse tesi

Il dubbio, in particolare, riguarda se sia permesso in materia penale soltanto l'intervento della legge e degli atti aventi forza di legge oppure se vi siano spazi per una disciplina di dettaglio dettata da fonti subordinate a quelle primarie.

Orbene, prima dell'entrata in vigore della Costituzione italiana, si evidenziava che quanto sancito all'art. 1 c.p., nella parte in cui si prevede che il fatto-reato debba essere «espressamente» previsto dalla legge, induceva ad affermare la natura assoluta della riserva di legge in materia penale, considerata la necessità che tutti gli elementi tipici della fattispecie criminosa venissero indicati dal legislatore parlamentare<sup>36</sup>.

Considerato, però, che tale limite era stato previsto in una fonte primaria e, rappresentando, quindi, un mero autovincolo per il legislatore, la dottrina aveva ammesso, senza porsi particolari problemi, la possibilità di superarlo.

---

<sup>34</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 26, 17-23 marzo 1966, in *Gazz. Uff.*, n. 76, 26 marzo 1966; Corte cost., sent. n. 113, 20-27 giugno 1972, in *Gazz. Uff.*, n. 165, 28 giugno 1972; Corte cost., ord. n. 394, 27 marzo-24 aprile 2003, in *Gazz. Uff.*, n. 17, 30 aprile 2003; Corte cost., sent. n. 5, 15-23 gennaio 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 5, 29 gennaio 2014. Per ulteriori approfondimenti sulla giurisprudenza costituzionale in tema V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto penale sostanziale)*. *Giurisprudenza sistematica*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2012, pp. 19- 20.

<sup>35</sup> Cfr. per tutti P. PITTARO, *op. cit.*, p. 256; M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, I, Torino, 1999, p. 49 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1993, 57 ss.;

<sup>36</sup> Cfr. F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 233 ss. il quale scrive in proposito che «L'aggancio testuale per tale soluzione [la natura assoluta della riserva di legge di cui all'art. 1 c.p. *n.d.a.*] poteva essere, fra l'altro, fornito dalla locuzione “espressamente”; prospettando la necessità di una espressa previsione del reato da parte della legge non soltanto una garanzia di tassatività della norma penale, ma, altresì, di *integrale* formulazione della fattispecie da parte della medesima». Sul punto l'AUTORE richiama anche un altro suo contributo, al quale qui si rimanda pure F. BRICOLA, *Principio di legalità e potestà penale delle Regioni*, in *Scuola positiva*, 1963, p. 643.

La dottrina dell'epoca, infatti, ammetteva delle deroghe alla riserva di legge assoluta di cui all'art. 1 c.p., soprattutto in tema di intervento in materia penale dei regolamenti delegati<sup>37</sup>.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, considerata la nuova gerarchia delle fonti e la conseguente natura di eterolimita per il legislatore della riserva di legge in materia penale di cui all'art. 25 Cost., la questione divenne maggiormente complessa.

Procedendo con l'esame della questione, occorre osservare che la formulazione letterale dell'art. 25, comma 2, Cost. nella parte in cui si sancisce che non è possibile punire qualcuno «se non in forza di una legge», dovrebbe indurre l'interprete ad affermare la natura assoluta della riserva di legge *de qua*.

Nonostante ciò, tuttavia, vi è stato, soprattutto in tempi meno recenti, chi ne ha sostenuto la natura meramente relativa.

Si tratta, tra l'altro, di una tesi che inizialmente ha trovato riscontro anche in alcune pronunce della Corte costituzionale<sup>38</sup>.

La natura di riserva di legge relativa era stata sostenuta facendo, innanzitutto, leva sull'omessa indicazione dell'avverbio «espressamente» nel disposto costituzionale. È stata avanzata, altresì, la natura relativa della riserva di legge *de qua* per ragioni di natura pratica, poiché così diviene più semplice legiferare con un maggiore tecnicismo, perché è più agevole stare al passo con i tempi e perché altrimenti si richiederebbe un intervento “ipertrofico” al Parlamento<sup>39</sup>.

Come è stato sottolineato in dottrina, inoltre, l'esigenza di affermare la natura relativa della riserva di legge era da ravvisarsi anche nella volontà di conservare gran parte della legislazione penale esistente prima dell'entrata in

---

<sup>37</sup> Sul punto si veda M. GALLO, *Appunti di diritto penale. Anno accademico 1962-1963*, Torino, 1965, pp. 14 ss. Per quanto riguarda la natura dei c.d. Regolamenti delegati si rimanda a S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1941, p. 335 ss.

<sup>38</sup> Per una rassegna della giurisprudenza costituzionale sul punto si veda F. DASSANO, C. MACCAGNO, M. RONCO (a cura di), *Le sentenze della Corte costituzionale sugli artt. 25, commi 2 e 3 e 27, commi 1 e 3 Cost. (1956-1975)*, Torino, 1976.

<sup>39</sup> Cfr. G. DELITALA, *Responsabilità e pena*, in *Justitia*, 1962, p. 344.; C. ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 510; G. ZANOBINI, *La potestà regolamentare e le norme della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1951, p. 563 ss.

vigore della Costituzione, che, spesso, era frutto dell'integrazione tra fonti primarie e fonti subordinate alla legge<sup>40</sup>.

Come abbiamo già visto, tuttavia, ancorché nella Costituzione non sia indicato l'avverbio «espressamente», la *ratio* garantista che connota il principio di legalità in materia penale, indica che tra il disposto costituzionale e l'art. 1 c.p. non vi sia alcuna differenza. Di conseguenza, ciò impone a rigettare la tesi della natura relativa della riserva di legge di cui all'art. 25 Cost.

La suddetta *ratio*, infatti, perderebbe gran parte della sua portata allorché fosse permesso al legislatore, rappresentante della volontà popolare, di intervenire in materia di libertà personale soltanto con disposizioni di principio e relegando a dei regolamenti dell'Esecutivo la normativa di dettaglio.

Ciò, tra l'altro, accadrebbe soltanto nella migliore delle ipotesi!

Ammettendo, infatti, la natura relativa della riserva di legge, nulla osterebbe un rinvio a norme diverse dai regolamenti governativi, fino a ritenere ammissibile la consuetudine, con tutte le conseguenze che ne potrebbero derivare in tema di prevedibilità del precetto penale<sup>41</sup>.

Per il medesimo motivo, quindi, nessuna esigenza di natura pratica potrebbe giustificare l'accoglimento della natura relativa della riserva di legge in materia penale, perché ciò significherebbe tradire la volontà del legislatore costituente espressa all'art. 25 Cost.

Le difficoltà ad accogliere la concezione relativa della riserva di legge in materia penale nel nuovo impianto costituzionale, hanno indotto altra parte della dottrina e della giurisprudenza a sostenerne la natura assoluta<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 52.

<sup>41</sup> In tal senso F. BRICOLA, *La Discrezionalità*, cit., p. 236.

<sup>42</sup> D. FALCINELLI, *Se punite, se abrogare: la riserva di legge penale "rafforzata"*, in *Federalismi*, 1, 2014, p. 1 ss.; E. CACACE, *Riserva di legge e fattispecie penale: relazione fra fonti primarie e secondarie*, in *Giur. cost.*, VI, 2011, p. 4825 ss.; M. TRAPANI, *op. cit.*, p. 4; F. BRICOLA, *La Discrezionalità*, cit., p. 241 ss.; M. GALLO, *op. cit.*, p. 21 ss.; A. MOLARI, *Il problema dell'unificazione delle pene e delle misure di sicurezza nella Costituzione italiana*, in G. BETTIOL (a cura di), *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, p. 177. In giurisprudenza, di recente, *ex multis*, Cass. pen., Sez. III, n. 28346, 30 marzo-8 luglio 2016; Cass. pen., Sez. Un., n. 46653, 26 giugno-25 novembre 2015; Cass. pen., Sez. VI, n. 44261, 18 giugno-30 novembre 2013.

La tesi della natura assoluta è stata anche accolta dalla Corte costituzionale, che ha superato definitivamente l'opposto orientamento visto in precedenza e che aveva sostenuto nei suoi primi anni di vita<sup>43</sup>.

A sostegno della tesi della natura assoluta della riserva di legge in materia penale si è fatto leva sulla collocazione sistematica dell'art. 25, comma 2, Cost., inserito nella Parte I, dedicata ai «Diritti e doveri dei cittadini», Titolo I, riguardante i «Rapporti civili», della Carta fondamentale<sup>44</sup> nonché, soprattutto, sulla *ratio* del principio di legalità in materia penale.

Si è detto, inoltre, che la natura assoluta della riserva di legge sembra emergere dalla lettura combinata dell'art. 25, commi 2 e 3, Cost., con l'art. 13 della Costituzione, in cui le restrizioni alla libertà personale sono ammesse «nei soli casi e modi previsti dalla legge»<sup>45</sup>.

In merito, però, la dottrina più acuta ha evidenziato che sono state ravvisate diverse “tipologie” di *ratio* ruotanti attorno alla legalità penale<sup>46</sup>.

Tale dottrina, infatti, ha evidenziato che alcuni hanno sostenuto la funzione di *certezza del diritto* che esprime la riserva di legge in materia penale, così da permettere al cittadino di conoscere con esattezza le conseguenze penali sfavorevoli delle proprie azioni.

---

<sup>43</sup> Da ultimo, *ex pluribus*, si vedano Corte cost., sent. n. 139, 8 maggio-6 giugno 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 24, 12 giugno 2019; Corte cost., sent. n. 21, 26-30 gennaio 2009, in *Gazz. Uff.*, n. 5, 4 febbraio 2009; Corte cost., sent. n. 53, 13-28 gennaio 2005, in *Gazz. Uff.*, n. 5, 2 febbraio 2005; Corte cost., sent. n. 176, 8-20 maggio 1998, in *Gazz. Uff.*, n. 21, 27 maggio 1998; Corte cost., sent. n. 34, 3-13 febbraio 1995, in *Gazz. Uff.*, n. 7, 15 febbraio 1995; Corte cost., ord. n. 250, 20 maggio-3 giugno 1992, in *Gazz. Uff.*, n. 25, 10 giugno 1992.

<sup>44</sup> Così F. BRICOLA, *La Discrezionalità*, cit., p. 241 in cui si evidenzia che il carattere assoluto della riserva di legge in materia penale di cui all'art. 25 Cost. emerge non solo con riferimento alla *ratio*, ma anche tenendo in considerazione la collocazione sistematica della disposizione che, secondo l'AUTORE, «assume un valore decisivo per la soluzione della questione: inserit[a] [infatti] nella Parte I relativa ai doveri e diritti dei cittadini e nel Titolo I concernente i rapporti civili, esso si propone di garantire il bene fondamentale della libertà personale dal pericolo di menomazioni arbitrarie».

<sup>45</sup> Cfr. E. CACACE, *op. cit.*, p. 4825 ss.

<sup>46</sup> Cfr. M. TRAPANI, *op. cit.*, pp. 2-4 e bibliografia ivi citata. In tema anche S. ALEO, E. LANZA, *Il sistema penale*, Milano, 2016, p. 34.

Altri, invece, hanno posto l'accento sul *carattere rappresentativo del Parlamento*, espressione della volontà popolare.

Un ulteriore filone, infine, ha sottolineato che la riserva di legge in materia penale è frutto della volontà del legislatore costituente di disciplinare il diritto penale con atti sindacabili da parte della Corte costituzionale, così come previsto all'art. 134 Cost.

Invero, tutte le suesposte "tipologie" di *ratio* della riserva di legge oggetto di esame sembrano integrarsi tra loro, dando luogo ad un'unica *ratio legis* garantistica e improntata alla tutela del cittadino in tema di libertà personale.

Il cittadino, infatti, deve conoscere con certezza le conseguenze delle proprie azioni, queste devono essere decise dall'organo direttamente eletto dal popolo sovrano e con atti che risultano sindacabili da un organo di garanzia terzo e imparziale, qual è la Corte costituzionale.

Si aggiunga, inoltre, che sono le fonti primarie, *ex art. 75 Cost.*, possono risultare oggetto di referendum da parte dei cittadini.

All'interno del filone che accoglie la concezione del monopolio legislativo assoluto in materia penale, però, si sono formati degli orientamenti che svuotano di fatto tale tesi.

A questo proposito, una prima non recentissima corrente dottrinale, dopo avere sostenuto il carattere assoluto della riserva di legge in materia penale, ammette l'intervento di fonti regolamentari purché questo sia autorizzato dalla legge; in questo caso, infatti, secondo tale corrente il regolamento cesserebbe di essere un atto normativo e diverrebbe un mero presupposto di fatto<sup>47</sup>.

La tesi però non convince, perché non si comprende come un atto normativo possa essere degradato a mero fatto<sup>48</sup>. Non pare possibile, infatti, che un regolamento possa assumere la funzione di atto normativo o di fatto giuridico a seconda della materia che disciplina.

---

<sup>47</sup> Così B. PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, in G. LEONE (a cura di), *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, Milano, 1960, p. 397.

<sup>48</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 53.

Il predetto risalente orientamento, inoltre, pare debba essere completamente accantonato alla luce della emanazione del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199<sup>49</sup> che, all'art. 14, qualifica i regolamenti come «atti generali a contenuto normativo», nonché della l. 23 agosto 1988, n. 400<sup>50</sup>, in cui, all'art. 17, vengono disciplinati i regolamenti governativi come atti generali, astratti e dotati del carattere di innovatività. Si noti, inoltre, che la potestà regolamentare dello Stato e delle Regioni trova espressa copertura costituzionale agli artt. 87, comma 8, 117, comma 6 e 121 Cost. e, quindi, sembra difficile sostenerne la qualificazione meramente fattuale.

Una seconda corrente dottrinale, invece, svuota di fatto la tesi della concezione assoluta, poiché permette un intervento spropositato della legge delega ex art. 76 Cost., ammettendo anche quelle prive di precisi principi e criteri direttivi e che lasciano un ampio margine di discrezionalità al Governo nell'esercizio della propria potestà normativa<sup>51</sup>.

Ciò detto, occorre osservare, tuttavia, che, nonostante l'ampia ricchezza di argomentazioni giuridiche a supporto della tesi della natura rigidamente assoluta, questa non tiene conto di quelle esigenze di natura pratica che erano state avanzate dai fautori della tesi della concezione relativa della riserva di legge in materia penale.

Orbene, come abbiamo visto, nessuna esigenza pratica, però, può giustificare l'accoglimento della natura relativa, perché tradirebbe la volontà espressa in Costituzione.

Non si può, però, nemmeno non tenere totalmente in considerazione tali esigenze, come fa la tesi che sostiene la natura assoluta della riserva di legge.

Per superare l'*impasse* e cercare di conciliare le istanze garantiste espresse dal dettato costituzionale e la necessità di avere una legge penale efficace e a passo con l'evoluzione della società in cui opera, è stata avanzata una tesi intermedia:

---

<sup>49</sup> D.P.R., 24 novembre 1971, n. 1199, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 13, 17 gennaio 1972.

<sup>50</sup> L. 23 agosto 1988, n. 400, in *Gazz. Uff.*, Suppl. ordinario, n. 86, 12 settembre 1988.

<sup>51</sup> Per l'illustrazione di tale orientamento Cfr. R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 63.

quella della natura *tendenzialmente assoluta* della riserva di legge in materia penale<sup>52</sup>.

La predetta tesi, infatti, senza tradire le istanze garantiste ruotanti attorno al principio di legalità penale, ammette, laddove strettamente necessario, l'intervento di fonti subordinate alla legge, purché entro alcuni stringenti limiti.

Si pensi, ad, esempio, all'intervento della fonte regolamentare al fine di dettare la disciplina strettamente tecnica in uno specifico settore penale, che il Parlamento non sarebbe in grado di normare compiutamente.

È questo l'orientamento che pare qui da accogliere, perché va a correggere gli eccessi delle suesposte concezioni, relativa e assoluta, della riserva di legge penale, garantendo il cittadino e, allo stesso tempo, la ragion di Stato a perseguire efficacemente i crimini commessi all'interno del proprio territorio.

La tesi, infatti, registra sempre più consensi di recente, così come vedremo nel prosieguo della trattazione, soprattutto quando ci si occuperà dell'intervento dei regolamenti governativi e degli atti amministrativi individuali nel diritto penale.

Per quanto riguarda, infine, il terzo problema avanzato nel presente paragrafo, ossia quello relativo alla possibilità che fonti regionali o fonti sovranazionali europee possano dettare norme in materia penale o, comunque, possano influenzare il legislatore statale nel legiferare, si rimanda a quando si dirà diffusamente in seguito.

### **3. Le fonti del diritto penale**

Avendo proceduto alla disamina della natura della riserva di legge penale sancita all'art. 25, comma 2 della Costituzione, individuata, secondo la tesi maggiormente condivisibile, nella sua veste di riserva di legge tendenzialmente assoluta, occorre interrogarsi nello specifico sul rapporto che intercorre tra la legge penale e le singole fonti di produzione del diritto.

Appare necessario porre in luce, in particolare, i limiti dell'intervento delle singole fonti del diritto diverse dalla legge formale ordinaria, approvata secondo il

---

<sup>52</sup> In tal senso S. ALEO, E. LANZA, *op. cit.*, p. 36.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 53; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 63; M. ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, 1974, p. 170.



procedimento di cui agli artt. 70 ss. Cost., alla luce della predetta natura tendenzialmente assoluta della legge penale.

In tale disamina, inoltre, si terrà conto di come nella prassi si sia provveduto a legiferare in materia penale e di come abbia reagito la giurisprudenza in ordine all'ammissibilità dell'intervento di fonti diverse della legge del Parlamento.

Si ritiene opportuno avvertire che in tale capitolo, in particolare, ci si limiterà ad esaminare la predetta relazione in rapporto con le sole fonti interne e si faranno, inoltre, dei cenni in merito agli effetti prodotti nel diritto penale nazionale dal diritto internazionale e dal diritto straniero. In quelli successivi, invece, sarà oggetto di disamina il rapporto tra la riserva di legge costituzionale in materia penale e le fonti sovranazionali europee.

### **3.1. La legge costituzionale, la legge formale ordinaria del Parlamento e la «problematica prassi» dei maxi-emendamenti con la questione di fiducia**

La natura della riserva di legge di cui all'art. 25 Cost., qualunque sia la tesi accolta - formale o ordinaria, assoluta o relativa - non pone particolari problemi in ordine alla ammissibilità nel diritto penale della legge costituzionale e della legge formale ordinaria approvata dal Parlamento.

La legge costituzionale, infatti, approvata con il procedimento aggravato di cui all'art. 138 Cost., risulta particolarmente rispettosa sia della maggioranza, che delle minoranze parlamentari<sup>53</sup>.

A differenza della legge formale ordinaria, tuttavia, non risulta sottoposta – se non in ordine al rispetto del procedimento previsto per la sua approvazione – al

---

<sup>53</sup> In tema di leggi costituzionali cfr. M. CAVINO, *Ordinamento giuridico e sistema delle fonti*, in M. CAVINO, L. IMARISIO, *Trattato di diritto costituzionale italiano*, Vol. I, Napoli, 2021, p. 139 ss.; G. DI COSIMO, *Revisione della Costituzione. Leggi costituzionali*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 1209 ss.; C. CONTINI, *La revisione costituzionale in Italia*, Milano, 1984; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, p. 80; A. PIZZORUSSO, *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1993, p. 714 ss.; S. M. CICCONE, voce *Legge costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 930 ss.; C. MORTATI, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972, p. 19 ss.; C. ESPOSITO, *Costituzione, leggi di revisione alla Costituzione e «altre» leggi costituzionali*, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di Carlo Arturo Jemolo*, Vol. III, Milano, 1963, p. 189 ss.

sindacato di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, né al referendum abrogativo di cui all'art. 75 Cost<sup>54</sup>.

Il rispetto, però, del procedimento aggravato di cui all'art. 138 Cost, che prevede anche la possibilità di indire il referendum popolare nel caso in cui la legge costituzionale venga approvata nella seconda votazione con una maggioranza inferiore a quella dei due terzi dei componenti delle Camere, tutela ampiamente le esigenze rappresentative del popolo che la riserva di legge in materia penale mira a garantire<sup>55</sup>.

Per quanto riguarda la legge formale ordinaria approvata dal Parlamento *ex artt. 70 e ss. Cost.*, occorre osservare in tale sede che, nonostante non sia sottoposta al procedimento aggravato di cui all'art. 138 Cost. e, quindi, non richiede per la sua approvazione una ampia maggioranza parlamentare, questa risulta essere pur sempre frutto del dibattito parlamentare<sup>56</sup>.

Può essere oggetto, inoltre, del sindacato di legittimità costituzionale da parte della Consulta e di referendum abrogativo<sup>57</sup>.

La dottrina, tuttavia, ha evidenziato che anche nel caso in cui venga disciplinata la legge penale da una legge formale ordinaria in materia penale, questa si presta talvolta a distorsioni tali da eludere le garanzie di rappresentanza politica dei cittadini da parte del Parlamento. In particolare, è stato osservato che nella prassi parlamentare l'approvazione della legge penale, al pari qualsiasi altra legge o atto avente forza di legge, può essere sottoposta ai cc.dd. *maxi-emendamenti* di iniziativa governativa sui quali viene posta la questione fiducia, volti a superare l'ostruzionismo parlamentare (*rectius*: il dibattito) e che

---

<sup>54</sup> Ibidem.

<sup>55</sup> In tal senso Cfr. anche M. TRAPANI, *op. cit.*, pp. 4-5.

<sup>56</sup> La letteratura in tema di legge formale ordinaria e sul relativo procedimento di adozione è vastissima. Sul punto è sufficiente qui segnalare M. CAVINO, *op. cit.*, p. 175 ss.; S. M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2019, p. 134 ss.; D. GIROTTO, *Artt. 70-72*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 635 ss.; R. DI CESARE, *Art. 73*, in in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 674 ss.; D. GIROTTO, *Art. 74*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 672 ss.; F. MODUGNO, voce *Legge in generale. III. - Diritto costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 872 ss.; A. M. SANDULLI, *Legge (diritto costituzionale)*, in *Nov. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, p. 630 ss.

<sup>57</sup> Ibidem.

precludono la discussione di tutti gli altri emendamenti presentati per l'approvazione di un testo di legge<sup>58</sup>.

Orbene, i rilievi non appaiono di poco conto, considerato che tale prassi è stata censurata da parte della dottrina poiché elusiva del dettato costituzionale<sup>59</sup>.

È stato sostenuto, infatti, che l'art. 72 della Costituzione, infatti, richiede che il procedimento legislativo segua l'approvazione articolo per articolo del testo del disegno di legge e la sua successiva approvazione finale. L'uso del maxi-emendamento, invece, sembra tradire tale procedimento, svalutando la funzione parlamentare<sup>60</sup>.

L'uso dei maxi-emendamenti, invece, era stato ritenuto in un primo tempo, incidentalmente in una questione riguardante un provvedimento legislativo in materia di finanza pubblica, conforme alla Costituzione da parte della Corte costituzionale. I giudici della Consulta, infatti, nella sentenza n. 391/1995, avevano affermato che la prassi dei maxi-emendamenti era da configurarsi come uno di

---

<sup>58</sup> In tal senso C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 32 ss.; C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, LX, 1, 2015, p. 181 ss.; Per maggiori approfondimenti sui maxi-emendamenti presentati dal Governo e sui quali viene posta la fiducia si veda L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2018, pp. 253-254. In tema di maxi-emendamenti si veda, fra gli altri, anche E. D'ALTERIO, *La funzione di controllo e l'equilibrio tra poteri pubblici: «Dove nascono i problemi?»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2019, p. 681 ss.; L. CIAURRO, *Parlamento. L'emendamento permissivo omnibus: fra (in)ammissibilità formale e (in)opportunità procedurale*, in *Giur. cost.*, I, 2015, p. 306 ss.; D. DE LUNGO, *Tendenze e prospettive evolutive del maxiemendamento nell'esperienza della XV e XVI legislatura*, in *Riv. AIC*, 3, 20 settembre 2013; M. MANETTI, *La via maestra dell'inemendabilità dei decreti legge conduce all'illegittimità dei maxi-emendamenti*, in *Riv. AIC*, 3, 17 luglio 2012; R. ZACCARIA, *L'uso delle fonti normative tra Governo e Parlamento*, in *Giur. cost.*, V, 2010, p. 4073 ss.; L. CUOCOLO, *I "maxi-emendamenti" tra opportunità e legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, VI, 2004, 4753 ss.

<sup>59</sup> Cfr. M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2002, p. 4 ss.; U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, p. 139 ss. Per una ricognizione della dottrina che ha sostenuto l'incostituzionalità della prassi dei maxi-emendamenti si veda N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO, N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza ed opposizione*, Roma, 2007, p. 41 ss.

<sup>60</sup> Ibidem.

quei «procedimenti speciali, la cui disciplina viene affidata ai regolamenti parlamentari»<sup>61</sup>.

Come è stato evidenziato in dottrina, però, in realtà tale orientamento della Corte non era da condividere, perchè forniva una interpretazione poco conforme al dettato di cui all'art. 72 Cost., permettendo un ampio rinvio ai regolamenti parlamentari, che, invece, è permesso soltanto per i disegni di legge per i quali è dichiarata l'urgenza e per quelli la cui approvazione è deferita in commissione<sup>62</sup>.

Con la sent. n. 32/2014, tuttavia, l'orientamento della Corte costituzionale è mutato, poiché, sempre senza esaminare direttamente la questione e assumere una propria posizione netta in merito, ha assunto una diversa posizione ed ha evidenziato le problematiche che possono derivare al riguardo<sup>63</sup>.

Nella successiva sent. n. 251/2014 ha addirittura definito il ricorso al maxi-emendamento sul quale è posta la fiducia come una «problematica prassi»<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Corte cost., sent. n. 391, 20-26 luglio 1995, in *Gazz. Uff.*, n. 34, 16 agosto 1995, in cui in un passo del provvedimento, il punto n. 6 del «Considerato in diritto», si afferma «Con tale profilo viene contestato il fatto che la norma impugnata, a seguito della questione di fiducia posta dal Governo sull'articolo unico della legge di conversione, è stata approvata dalle Camere senza una specifica discussione e votazione, in particolare, senza quella approvazione "articolo per articolo" di cui parla l'art. 72, primo comma, della Costituzione. In ordine a tale profilo va innanzitutto rilevato che l'art. 72 della Costituzione affianca al procedimento ordinario di approvazione della legge alcuni procedimenti speciali, la cui disciplina viene affidata ai regolamenti parlamentari. Tra i procedimenti speciali non contemplati dalla costituzione, ma previsti e disciplinati in sede regolamentare, possono essere ricompresi anche quello relativo all'approvazione dei disegni di legge di conversione dei decreti-legge (art. 96-bis Reg. Camera e art. 78 Reg. Senato), nonché quello concernente la posizione della questione di fiducia da parte del Governo sull'approvazione o reiezione di emendamenti ad articoli di progetti di legge (art. 116 Reg. Camera e art. 161, comma 4, Reg. Senato). Nella specie - vertendosi in tema di approvazione di un disegno di legge di conversione di un decreto-legge su cui il Governo aveva posto la questione di fiducia - il punto da sottolineare è che l'approvazione delle Camere si è perfettamente adeguata al rispetto delle previsioni regolamentari concernenti sia l'uno che l'altro procedimento: con la conseguenza che la discussione e la votazione si è venuta a concentrare - ai sensi dell'art. 116, comma 2, Reg. Camera - sull'articolo unico del disegno di conversione».

<sup>62</sup> Cfr. N. LUPO, *Emendamenti*, cit. p. 41 ss.

<sup>63</sup> Corte cost., sent. n. 32, 12-25 febbraio 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 11, 5 marzo 2014.

<sup>64</sup> Corte cost., sent. n. 251, 3-7 novembre 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 47, 12 novembre 2014. Sul punto si veda V. DI PORTO, *La "problematica prassi" dei maxi-emendamenti e il dialogo a distanza tra Corte costituzionale e Comitato per la legislazione*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale. Il Filangieri. Quaderno 2015-2016*, Napoli, 2017, p. 103 ss.

Ancora più esplicita in merito, infine, è risultata la Consulta nella ord. n. 17/2019, nella quale, esaminando un ricorso di conflitto d'attribuzione tra i poteri dello Stato, ha affermato che «Gli snodi procedurali tracciati dall'art. 72 Cost. scandiscono alcuni momenti essenziali dell'iter legis che la Costituzione stessa esige che siano sempre rispettati a tutela del Parlamento inteso come luogo di confronto e di discussione tra le diverse forze politiche, oltre che di votazione dei singoli atti legislativi, e a garanzia dell'ordinamento nel suo insieme, che si regge sul presupposto che vi sia un'ampia possibilità di contribuire, per tutti i rappresentanti, alla formazione della volontà legislativa»<sup>65</sup>.

Il ricorso generalizzato a tale prassi, inoltre, è stato più volte oggetto di censura da parte dei Presidenti della Repubblica CIAMPI, NAPOLITANO e

---

<sup>65</sup> Così Corte cost., ord. n. 17, 10 gennaio-8 febbraio 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 7, 13 febbraio 2019, punto. n. 4.1, «Considerato in diritto». Nella sentenza in questione, in particolare, si legge più diffusamente nei punti 4.1-4-3 con riguardo ai maxi-emendamenti che «[...] la necessità che il ruolo riservato dalla Costituzione al Parlamento nel procedimento di formazione delle leggi sia non solo osservato nominalmente, ma rispettato nel suo significato sostanziale. L'art. 70 affida la funzione legislativa alle due Camere e il successivo art. 72 Cost. articola l'esame di ogni progetto di legge in una fase da svolgersi in commissione e in una che coinvolge l'intera assemblea ed esige che la votazione si svolga dapprima articolo per articolo e poi sul testo finale. Tali principi sono volti a consentire a tutte le forze politiche, sia di maggioranza sia di minoranza, e ai singoli parlamentari che le compongono, di collaborare cognita causa alla formazione del testo, specie nella fase in commissione, attraverso la discussione, la proposta di testi alternativi e di emendamenti. Gli snodi procedurali tracciati dall'art. 72 Cost. scandiscono alcuni momenti essenziali dell'iter legis che la Costituzione stessa esige che siano sempre rispettati a tutela del Parlamento inteso come luogo di confronto e di discussione tra le diverse forze politiche, oltre che di votazione dei singoli atti legislativi, e a garanzia dell'ordinamento nel suo insieme, che si regge sul presupposto che vi sia un'ampia possibilità di contribuire, per tutti i rappresentanti, alla formazione della volontà legislativa. [...] Le forzature procedurali censurate derivano essenzialmente [...] dalla "estremizzazione" della prassi dei maxi-emendamenti approvati attraverso il voto della questione di fiducia, che avrebbe limitato i tempi a disposizione per la discussione al punto da vanificare l'esame in Commissione e da pregiudicare la stessa possibilità per i parlamentari di conoscere il testo ed esprimere un voto consapevole. [...] Una perdurante usanza costituisce un fattore non privo di significato all'interno del diritto parlamentare, contrassegnato da un elevato tasso di flessibilità e di consensualità. Ciò non può giustificare, però, qualunque prassi si affermi nelle aule parlamentari, anche contra Constitutionem. Anzi, occorre arginare gli usi che conducono a un progressivo scostamento dai principi costituzionali, per prevenire una graduale ma inesorabile violazione delle forme dell'esercizio del potere legislativo, il cui rispetto appare essenziale affinché la legge parlamentare non smarrisca il ruolo di momento di conciliazione, in forma pubblica e democratica, dei diversi principi e interessi in gioco». Per un commento all'ordinanza in ordine alla questione dei maxi-emendamenti si veda N. LUPO, *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2019.

MATTARELLA, i quali hanno invitato il Parlamento ad adottare un procedimento maggiormente rispettoso del dettato costituzionale<sup>66</sup>.

Orbene, le osservazioni critiche sull'uso del maxi-emendamento paiono qui da condividere, soprattutto laddove tale prassi venisse adoperata nel settore penale, in cui le esigenze di garanzia sottese alla riserva di legge in materia penale risulterebbero di estrema gravità, considerata la svalutazione del ruolo parlamentare che ne deriva.

Perché anche nel caso di una legge del Parlamento adottata in materia penale si finisce per avere soltanto formalmente una legge espressione della volontà popolare, ma sostanzialmente un provvedimento frutto della volontà governativa.

Il problema sembra, tra l'altro, legato alla crisi che attraversano i partiti politici nel rappresentare i cittadini, che va inesorabilmente a riflettersi in sede parlamentare e che svuota, di fatto, dal punto di vista politico, prima che giuridico, il ruolo esercitato dai rappresentanti in Parlamento.

Innanzitutto, infatti, un Parlamento privo di qualsiasi indirizzo univoco anche all'interno della stessa area partitica, il Governo viene ad assumere il ruolo di decisore anche in sede legislativa, esercitando sostanzialmente un potere spettante formalmente al Parlamento.

Il problema, però, appare meritevole di più ampia trattazione e che non risulta possibile trattare in tale sede.

In ogni caso si auspica che la Corte costituzionale ben presto prenda una netta decisione sulla legittimità costituzionale della prassi dei maxi-emendamenti con la fiducia, al fine di esaminare e porre fine definitivamente alle maggiori problematiche sollevate dalla questione e che è tra le cause del ridimensionamento del ruolo del Parlamento da parte del Governo.

---

<sup>66</sup> Per le osservazioni in merito del Presidente della Repubblica CIAMPI si veda il messaggio di rinvio A.C., XIV Legislatura, doc. I, n. 6, 16 dicembre 2004; per quelle del Presidente della Repubblica NAPOLITANO si veda, fra i vari moniti, la lettera del 22 febbraio 2011 indirizzata al Presidente della Camera e al Presidente del Consiglio, in <http://presidenti.quirinale.it/elementi/Continua.aspx?tipo=Comunicato&key=11360>; per quelle, infine, del Presidente MATTARELLA, si veda la lettera del 23 luglio 2021 diretta ai Presidenti di Camera e Senato, reperibile in <https://www.quirinale.it/elementi/59260>.

### 3.2. Il decreto legislativo e il decreto legge in materia penale

Il pieno rispetto delle garanzie sottese alla riserva di legge in materia penale, come abbiamo già visto, imporrebbe l'esclusivo intervento della sola legge parlamentare costituzionale e di quella formale ordinaria.

Si è visto, tuttavia, che esigenze di natura pratica hanno indotto gli interpreti - compresi i giudici costituzionali - ad ammettere in materia penale anche l'uso degli atti aventi forza di legge, accogliendo, di conseguenza, la natura ordinaria della riserva di legge di cui all'art. 25 della Costituzione<sup>67</sup>.

Come è stato notato in dottrina, tra l'altro, lo stesso codice penale vigente è frutto di un decreto legislativo emanato dal Governo sulla base di una delega concessa con legge<sup>68</sup>.

Occorre, quindi, soffermarsi in modo più diffuso sulle principali questioni che riguardano l'uso del decreto legislativo e del decreto legge.

Orbene, come è noto, ai sensi dell'art. 76 Cost., la legge delega legislativa da parte del Parlamento al Governo deve contenere i *principi e i criteri direttivi*, il *tempo* d'esercizio della delega e l'*oggetto* su cui potrà intervenire l'Esecutivo deve essere definito<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Sul punto si veda anche A. GAMBERINI, *La riserva di legge in materia costituzionale*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PARAVINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino, 2012, p. 137 ss. il quale evidenzia che l'uso degli atti aventi forza di legge in materia penale è dovuta pure al mutamento del sistema elettorale, che ha determinato negli ultimi tempi un potere maggiore al Governo rispetto al passato.

<sup>68</sup> Così A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1958, p. 97.

<sup>69</sup> Sul decreto legislativo si veda, fra gli altri, M. CAVINO, *op. cit.*, p. 205 ss.; G. MARCHETTI, *Riflessioni su alcuni aspetti problematici della delegazione legislativa. In particolare: la "sistemazione" normativa tramite delega, il ruolo del Parlamento nell'adozione dei decreti delegati e il ricorso ai decreti integrativi e correttivi*, in *Osservatorio sulle fonti*, XII, 2, 2019, p. 1 ss.; S. M. CICONETTI, *op. cit.* p. 262 ss.; G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Milano, 2016; M. MALO, *Art. 76*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 695; M. RUOTOLO, *Delega legislativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, III, Milano, 2006, p. 1760 ss.; M. RUOTOLO, S. SPUNTATELLI, *Commento all'art. 76 Cost.*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 1784 ss.; P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Commento all'art. 76*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, 518 ss.; L. PALADIN, *Art. 76*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 76-82. La formazione delle leggi*, Bologna, 1979, p. 1 ss.; P. G. GRASSO, voce *Decreto legislativo*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 867 ss.

Con l'emanazione della delega legislativa, dunque, il Parlamento riesce ad esercitare un controllo *ex ante* sul futuro contenuto del decreto legislativo<sup>70</sup>.

Tanto più stringenti saranno i suddetti elementi, tanto maggiore sarà il controllo dei rappresentanti del popolo sull'esercizio della potestà normativa del Governo.

Il controllo parlamentare, inoltre, risulta rafforzato dal disposto di cui all'art. 72, ult. comma, Cost., in cui si sancisce l'obbligo di seguire la procedura legislativa normale di esame e approvazione del disegno di legge di delegazione legislativa, escludendo in tale sede, quindi, l'uso di procedimenti abbreviati<sup>71</sup>.

Una particolare forma di controllo parlamentare, infine, è prevista nel caso di deleghe il cui termine per l'esercizio ecceda i due anni.

L'art. 14, comma 4, della l. 400/1988, infatti, prevede che nel predetto caso il Governo è tenuto a richiedere il parere alle Camere sugli schemi dei decreti delegati, che dovrà essere reso entro sessanta giorni dalle Commissioni permanente per materia, con le eventuali osservazioni e l'indicazione delle disposizioni non conformi alla legge delega.

Il Governo, inoltre, dopo l'esame del parere, sarà tenuto a trasmettere le proprie osservazioni, le eventuali modifiche e ad inviare il testo alle Commissioni per il parere definitivo che dovrà essere reso nel termine di trenta giorni.

Ciò posto, esercitata la delega legislativa da parte del Governo ed emanato il decreto legislativo, il Parlamento – salvo nel caso in cui decida di emanare un ulteriore atto legislativo che abroga in tutto o in parte le disposizioni del decreto legislativo *de quo* – non gode più di alcuna forma di controllo.

Nonostante ciò, però, il Governo non risulterà privo di qualsiasi controllo esercitato in seguito all'emanazione del decreto legislativo.

Il decreto legislativo emanato, infatti, sarà sempre sottoponibile al sindacato di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, i cui giudici, tra l'altro, potranno eventualmente dichiararlo in contrasto con l'art. 76 Cost. per avere il Governo ecceduto i limiti previsti nella legge delega del Parlamento<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> In tal senso per tutti cfr. P. PITTARO, *op. cit.*, p. 256.

<sup>71</sup> In tal senso Cfr. M. TRAPANI, *op. cit.*, p. 5 il quale evidenzia che l'obbligo imposto dall'art. 72, ult. comma, Cost. svolge una funzione pregnante di tutela delle minoranze parlamentari, ancorché questo risulta posto in essere soltanto *ex ante*, ossia prima dell'esercizio della delega da parte del Parlamento.

<sup>72</sup> In tema, fra gli altri, cfr. S. ALEO, E. LANZA, *op. cit.*, p. 36.



Il decreto legislativo in materia penale, inoltre, potrà essere oggetto di referendum abrogativo, al pari di qualsiasi altro atto avente forza di legge, non sussistendo alcun limite al riguardo, a differenza di quanto disposto in tema di leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, nonché di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali.

Evidenziati i limiti entro cui risulta possibile disporre in materia penale con un decreto legislativo, occorre osservare però che in dottrina non sono mancate delle voci critiche volte a sottolineare che, nonostante i controlli *ex ante* ed *ex post* sopra esposti, talvolta, l'uso del decreto legislativo potrebbe prestarsi ad elusioni o abusi.

Parte della dottrina, infatti, ha sottolineato che la legge delega potrebbe contenere dei vaghi e generici principi e criteri direttivi, lasciando un ampio margine di discrezionalità all'Esecutivo nell'esercitare il potere normativo delegato<sup>73</sup>.

Anche la Corte costituzionale, tra l'altro, ha osservato che la legge delega non elimina ogni spazio di discrezionalità del legislatore delegato<sup>74</sup>.

In effetti, il fatto che una delega generica possa svuotare di fatto il connotato garantista della riserva di legge in materia penale, risulta un pericolo concreto.

Nonostante ciò, tuttavia, tale situazione sembra più rilevare sul piano politico che giuridico. La discrezionalità del legislatore parlamentare, infatti, non può essere posta in discussione né dalla magistratura né dalla Corte costituzionale.

L'unica sanzione applicabile al Parlamento per l'emanazione di una legge delega generica risulta essere soltanto quella derivante dal corpo elettorale nelle successive elezioni dei propri rappresentanti nazionali.

È bene non confondere, quindi, le esigenze di opportunità politica con le conseguenze a livello giuridico.

---

<sup>73</sup> Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 40. In tema pure M. D'AMICO, G. ARCONZO, *Commento all'art. 25 Cost.*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 539 ss. in cui si afferma che «Si assiste a fenomeni preoccupanti: in alcuni casi, il Governo compie scelte nella materia penale anche in assenza di una delega esplicita da parte del Parlamento (basti per tutti il caso del t.u. in materia di beni culturali e ambientali, dove il Governo, nel silenzio della legge-delega, è intervenuto riformulando anche estensivamente alcune fattispecie penali e depenalizzandone altre) [...]».

<sup>74</sup> Corte cost., sent. n. 362, 13-24 luglio 1995, in *Gazz. Uff.*, n. 34, 16 agosto 1995. Sul punto Cfr. anche R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 97,

Sul punto, occorre osservare che la Corte costituzionale si espressa nella sent. n. 134/2003 in cui ha ritenuto legittimo un decreto legislativo in materia penale sulla base della mera sussistenza nella legge delega dei requisiti minimi richiesti dall'art. 76 Cost., senza che rilevasse la presenza di principi e criteri direttivi vaghi<sup>75</sup>.

Si consideri, inoltre, che all'art. 28 della l. 11 marzo 1953, n. 87, recante «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale», è sancito che «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento»<sup>76</sup>.

Così come affermato, però, in Corte cost. n. 5/2014, al Governo rimangono pur sempre precluse scelte autonome di politica criminale o in contrasto con quelle operate in sede di emanazione della legge delega<sup>77</sup>. In tale decisione, dunque, come è stato osservato in dottrina, la Corte va ad evidenziare i limiti di competenza dell'organo che ha adottato l'atto<sup>78</sup>.

Con riguardo, infine, un'ulteriore questione che ha riguardato l'uso del decreto legislativo in materia penale, merita un approfondimento il problema degli effetti della delega legislativa non ancora attuata.

Si è posta la questione, infatti, delle deleghe legislative che contengono al proprio interno, accanto alle disposizioni di principio che richiedono per la loro attuazione del necessario intervento dell'Esecutivo, di norme parlamentari sufficientemente precise in cui ogni spazio di discrezionalità altrui è eliminato e che sembrano risultare suscettibili di applicazione a prescindere dall'intervento del legislatore delegato.

Ci si riferisce, in particolare, a quelle disposizioni con cui il Parlamento prescrive al Governo di abrogare o di depenalizzare alcune specifiche fattispecie criminose nel momento in cui eserciterà una più ampia delega legislativa.

In tali casi ci si è chiesti se sia possibile per il giudice ordinario penale, nelle more di esercizio della delega legislativa da parte del Governo, soprattutto quando vi è un ritardo nell'attuazione, pronunciare una sentenza di assoluzione *ex art. 530*

---

<sup>75</sup> Corte cost., sent. n. 134, 23 maggio-4 giugno 2003, in *Gazz. Uff.*, n. 23, 11 giugno 2003.

<sup>76</sup> L. 11 marzo 1953, n. 87, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 62, 14 marzo 1953.

<sup>77</sup> Corte cost., sent. n. 5, 15-23 gennaio 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 5, 29 gennaio 2014.

<sup>78</sup> Così M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Riv. AIC*, 4, 2016, p. 9.

c.p.p. perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato nel caso in cui si trovi a giudicare un imputato per una fattispecie criminosa che è destinata ad essere abrogata in seguito dal Governo.

Sul punto si sono espressi alcuni Tribunali, i quali hanno accolto la tesi che riconosce degli effetti immediati alle disposizioni abrogatrici di fattispecie criminose contenute nella delega legislativa non ancora attuata e che hanno, di conseguenza, assolto gli imputati *ex art. 530 c.p.p.*<sup>79</sup>.

In tema, tuttavia, si è espressa anche la Suprema Corte di cassazione in due pronunce del 2015, nelle quali i giudici, ponendosi in contrasto con il suddetto orientamento, hanno ritenuto di dovere affermare che la delega legislativa, pure nel caso in cui risulti chiara e sufficientemente precisa, non lasciando alcuna discrezionalità al Governo nella sua attuazione, non può produrre effetti fino a quando non entrerà in vigore il relativo decreto legislativo<sup>80</sup>.

In particolare, Cass pen. n. 42813/2015, annullando la sentenza del giudice di prime cure che aveva pronunciato la formula assolutoria nei confronti dell'imputato perché il fatto non era più previsto dalla legge come reato, afferma che «La legge di delega costituisce il referente normativo sulla cui base il Governo deve svolgere l'attività legislativa delegata dal Parlamento per una determinata materia, e al momento della pronuncia della decisione impugnata la legge delega non era ancora stata attuata con specifici provvedimenti normativi. [...] Per le siffatte ragioni la decisione è illegittima, perché assume, al momento della pronuncia, erroneamente, come già avvenuta l'abrogazione della fattispecie penale contestata».

Sulla questione ha avuto pure modo di pronunciarsi la Corte costituzionale nel 2016, chiamata a pronunciarsi sulla illegittimità costituzionale dell'art. 2 c.p., comma 6, per contrasto con l'art. 25 Cost. nella parte in cui «non prevede che le disposizioni contenute in una legge delega, le quali abrogano o trasformano fattispecie incriminatrici in illecito amministrativo, abbiano immediata applicazione, indipendentemente dalla successiva emanazione dei decreti legislativi»<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Così Trib. di Asti, sent. 27 giugno 2014, in *Foro it.*, 11, II, 2014, p. 561; Trib. di Avezzano, sent. 16 ottobre 2014. *Contra* Trib. di Aosta, sent. 7 novembre 2014, in *Foro it.*, 2, II, 2015, p. 130.

<sup>80</sup> In tal senso Cass. pen., Sez. III, n. 20547, 14 aprile-19 maggio 2015; Cass. pen., Sez. II, n. 42813, 2 luglio-26 ottobre 2015.

<sup>81</sup> Corte cost., ord. n. 163, 1° giugno-7 luglio 2016, in *Gazz. Uff.*, n. 28, 13 luglio 2016.

I giudici della Consulta, tuttavia, dopo avere preso atto del contrasto giurisprudenziale tra alcuni Tribunali di merito e la Suprema Corte, ha disposto la restituzione degli atti al giudice *a quo* per una nuova valutazione della rilevanza e non manifesta infondatezza della questione, essendo intervenuto nelle more il decreto legislativo attuativo e, dunque, mutato il quadro normativo di riferimento<sup>82</sup>.

Orbene, a tal proposito, sembra di dovere meritare accoglimento la tesi che ravvisa nella delega non ancora attuata, un provvedimento legislativo che non può produrre altro effetto se non quello di delegare al Governo di intervenire attuandone le relative disposizioni.

La legge delega, infatti, pur essendo approvata con il medesimo procedimento di una legge formale ordinaria, addirittura con quello normale di esame e approvazione di cui all'art. 72, ult. comma, Cost., riveste un rilievo particolare alla luce del disposto di cui all'art. 76 Cost.

Il legislatore delegante, infatti, se avesse voluto dare immediata applicazione alle disposizioni penali abrogatrice o depenalizzanti di alcune fattispecie di reato, avrebbe proceduto ad adottare una apposita legge formale ordinaria.

La ragione per cui il legislatore decide di inserire tali disposizioni in una più ampia delega legislativa è da ravvisare nella circostanza che, spesso, tali norme, si inseriscono in un più ampio progetto di riforma dell'ordinamento che prevede, accanto alle previsioni abrogatrici, quelle di trasformazione dei fatti reato in questione in illeciti amministrativi o civili oppure alla previsione di nuove fattispecie di reato di contenuto più ampio che impongono l'abrogazione di quelle minori.

Il legislatore delegante, quindi, è ben consapevole che le disposizioni abrogatrici contenute nella delega non avranno effetto fino a quando non si provvederà ad attuarla ed è anzi la principale ragione per cui ha deciso di procedere con una legge delega anziché con una legge formale ordinaria suscettibile di essere applicata con la sua entrata in vigore.

In tali casi, dunque, i giudici ordinari dovranno provvedere a condannare gli imputati qualora si dimostri in giudizio che questi abbiano compiuto il fatto-reato e sarà poi compito del giudice dell'esecuzione, allorquando interverrà l'attuazione della delega, procedere ai sensi dell'art. 673 c.p.p. alla revoca della sentenza per abrogazione del reato.

---

<sup>82</sup> Ibidem.

Procedendo con l'esame dell'altro atto avente forza di legge adoperato nella prassi in sede penale, ossia il decreto legge, occorre osservare che, ai sensi dell'art. 77 Cost., tale atto legislativo, come è noto, è emanato dal Governo in casi straordinari di necessità ed urgenza, senza previa delegazione delle Camere, salvo poi la necessità che venga convertito in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione, a pena di inefficacia sin dall'inizio<sup>83</sup>.

Orbene, come è stato sottolineato in dottrina, trattasi di «una rottura provvisoria dell'equilibrio costituzionale tra potere legislativo e potere esecutivo»<sup>84</sup>, dettata dall'esigenza di fare fronte a situazioni di necessità e di urgenza, salvo poi l'intervento del Parlamento in sede di conversione.

A differenza del decreto legislativo, il controllo parlamentare nel decreto legge avviene successivamente alla sua emanazione.

Al pari delle leggi formali ordinarie e al decreto legislativo, inoltre, potrà essere oggetto di referendum abrogativo e del sindacato di legittimità costituzionale dinnanzi alla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale, peraltro, potrà anche sindacare la sussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza che hanno indotto il Governo all'adozione del decreto legge.

La Corte costituzionale, tuttavia, al fine di non creare una sovrapposizione tra il proprio controllo e quello parlamentare in sede di conversione, ha affermato nella sent. n. 186/2020, richiamando un proprio precedente, ossia la sent. n. 97/2019, che «il sindacato sulla legittimità dell'adozione, da parte del Governo, di un decreto-legge va limitato ai casi di evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza richiesti dall'art. 77, secondo comma, Cost., o di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della loro valutazione»<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Per maggiori approfondimenti sul decreto legge si veda, fra gli altri, M. CAVINO, *op. cit.*, p. 219 ss.; S. M. CICONETTI, *op. cit.*, p. 271 ss.; M. MALO, *Art. 77*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 706 ss.; A. CELOTTO, E. DI BENEDETTO, *Commento all'art. 77 Cost.*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 1506 ss.; A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto legge*, Milano 2003; A. CELOTTO, *L'abuso del decreto legge*, Padova, 1997; L. PALADIN, *Art. 77*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione. Artt. 76-82. La formazione delle leggi*, Bologna, 1979, p. 42 ss.; C. ESPOSITO, voce *Decreto legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 831 ss.

<sup>84</sup> Così F. GIUFFRÈ, I. A. NICOTRA, F. PATERNITI, *op. cit.*, p. 397.

<sup>85</sup> Così Corte cost., sent. n. 186, 9 luglio-31 luglio 2020, in *Gazz. Uff.*, n. 32, 5 agosto 2020; Corte cost., sent. n. 97, 7 marzo-18 aprile 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 17, 24 aprile 2019. In dottrina, F.

Ai sensi dell'art. 15, comma 3, della l. n. 400/1988, il contenuto del decreto legge, inoltre, deve essere «specifico, omogeneo e corrispondente al titolo».

Orbene, anche per quanto riguarda tale aspetto la Corte costituzionale ha affermato la propria competenza a sindacare la legittimità costituzionale del decreto legge il cui contenuto non rispecchi tali caratteristiche.

A parere della Corte costituzionale, infatti, un decreto legge con contenuto non omogeneo «spezza il legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere ed “i provvedimenti provvisori con forza di legge”, di cui alla norma costituzionale citata»<sup>86</sup>.

Come chiarito, però, in un'altra pronuncia «l'urgente necessità del provvedere può riguardare anche una pluralità di norme accomunate non solo dalla natura unitaria delle fattispecie disciplinate, ma anche dall'intento di fronteggiare una situazione straordinaria complessa e variegata, che richiede interventi oggettivamente eterogenei, in quanto afferenti a materie diverse, ma indirizzati tutti all'unico scopo di approntare urgentemente rimedi a tale situazione»<sup>87</sup>.

Il contenuto del decreto legge, in aggiunta, deve essere rispettato pure in sede di conversione.

Il legislatore parlamentare, infatti, non può approfittare del più celere procedimento di approvazione della legge di conversione di un decreto legge rispetto a quello più lungo di una legge formale ordinaria, inserendo disposizioni del tutto eterogenee rispetto al titolo, allo scopo e ai presupposti di necessità ed urgenza che avevano giustificato l'adozione del decreto legge.

---

GIUFFRÈ, I. A. NICOTRA, F. PATERNITI, *op. cit.*, p. 398 rileva che «In passato, invero, parte della dottrina aveva sostenuto che il vaglio circa sussistenza o meno di tali requisiti legittimanti fosse legato ad una valutazione esclusivamente politica. Cosicché, solo il Parlamento, in sede di conversione in legge del decreto governativo, avrebbe potuto legittimamente valutare se la scelta del Governo fosse aderente a quanto richiesto dalla disposizione costituzionale. Successivamente, però, la Corte costituzionale ha fugato ogni dubbio in merito alla propria competenza a verificare il difetto dei presupposti della decretazione di urgenza, in sede di scrutinio di legittimità costituzionale».

<sup>86</sup> Così Corte cost., sent. n. 22, 13-16 febbraio 2012, in *Gazz. Uff.*, n. 8, 22 febbraio 2012.

<sup>87</sup> Così Corte cost., sent. n. 149, 9 giugno-13 luglio 2020, in *Gazz. Uff.*, n. 29, 15 luglio 2020. Nel medesimo senso anche Corte cost., sent. n. 137, 9 maggio-27 giugno 2018, in *Gazz. Uff.*, n. 27, 4 luglio 2018; Corte cost., sent. n. 170, 23 maggio-12 luglio 2017, in *Gazz. Uff.*, n. 29, 19 luglio 2017; Corte cost., sent. n. 16, 7 dicembre 2016-24 gennaio 2017, in *Gazz. Uff.*, n. 5, 1° febbraio 2017; Corte cost., sent. n. 32, 12-31 febbraio 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 11, 5 marzo 2014.

La questione è stato oggetto di sindacato da parte della Corte costituzionale nella nota sentenza n. 32/2014, nella quale i giudici hanno dichiarato l'incostituzionalità di alcune disposizioni penali introdotte dal Parlamento nella l. 21 febbraio 2006, n. 49, di conversione del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272<sup>88</sup>, perché in contrasto con l'art. 77, comma 2, Cost<sup>89</sup>.

In tale decisione, quindi, la Corte costituzionale, ha voluto bilanciare le esigenze straordinarie di necessità ed urgenza con quelle che richiedono un adeguato dibattito parlamentare nel trattare materie estranee allo scopo perseguito dal decreto legge adottato dal Governo<sup>90</sup>.

Ciò posto, occorre, infine, ricordare che il decreto legge, secondo quanto affermato nella nota sentenza della Corte costituzionale 360 del 1996, pronunciata tra l'altro in caso riguardante un decreto legge contenente precetti di natura penale, non può essere reiterato con il medesimo contenuto una volta scaduti i termini per la conversione e in assenza, in aggiunta, di nuovi presupposti di necessità ed urgenza<sup>91</sup>.

Dalla disamina delle pronunce suesposte, quindi, è possibile evincere che l'uso del decreto legge in materia penale è ammesso, purché, comunque, il Governo si mantenga nei limiti fissati dalla Costituzione e ben evidenziati negli anni dalla giurisprudenza della Consulta.

Invero, un'ulteriore importante questione ha riguardato gli effetti temporali del decreto legge non convertito che contiene disposizioni più favorevoli al reo rispetto a quelle previste da provvedimenti legislativi precedenti.

Il problema, tuttavia, sarà oggetto di trattazione in seguito, nella parte relativa ai rapporti tra il tempo e la legge penale.

---

<sup>88</sup> L. 21 febbraio 2006, n. 49 di conv. con mod. del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 48, 27 febbraio 2006.

<sup>89</sup> Corte cost., sent. n. 32, 12-31 febbraio 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 11, 5 marzo 2014.

<sup>90</sup> Sul punto Cfr. C. CUPELLI, *op. cit.*, p. 189, il quale evidenzia in merito alla sentenza Corte cost. 32/2014 che «Il passaggio che appare significativo è quello volto a riconnettere i vizi in *procedendo* [...] alle inevitabili frizioni con quella che rappresenta l'essenza della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost: la garanzia di effettiva partecipazione delle minoranze, per via procedimentale, alle opzioni politico-criminali».

<sup>91</sup> Corte cost., sent. n. 360, 17-24 ottobre 1996, in *Gazz. Uff.*, n. 44, 30 ottobre 1996. In dottrina, per tutti, si veda sul punto A. SIMONCINI, *La «fine» della reiterazione dei decreti legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 1998, p. 17 ss.

### 3.3. Premessa “*alla guerra*”. La guerra nel diritto internazionale e nel diritto costituzionale

Prima di procedere con l’esame delle fonti a cui può fare ricorso il legislatore in tempo di guerra, appare opportuno effettuare alcune osservazioni in ordine alla nozione di guerra e alla disciplina dettata in merito nel diritto internazionale e nella nostra Costituzione, al fine di meglio comprendere le peculiarità che caratterizzano tale periodo.

La guerra, ossia l’uso massiccio della violenza bellica finalizzata all’estinzione della soggettività giuridica internazionale, la c.d. *debellatio*, è stata variamente disciplinata nel diritto internazionale nel corso dei secoli<sup>92</sup>.

In passato, infatti, era vista come naturale strumento di risoluzione delle controversie internazionali<sup>93</sup>.

A partire dal XX secolo, tuttavia, il ricorso alla guerra ha trovato sempre più numerosi limiti, fino ad essere considerata vietata dalla Comunità internazionale, salvo qualora sussistessero specifiche eccezioni.

Lo *ius ad bellum*, in particolare, è stato in un primo tempo limitato nel 1919 con il *Patto della Società delle Nazioni*, nel quale, all’art. 12, era previsto la previa sottoposizione della controversia ad una procedura di arbitrato o di regolamento

---

<sup>92</sup> Sulla nozione di “guerra”, in particolare, si veda A. CURTI GIALDINO, voce *Guerra (diritto internazionale)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 849 ss. in cui scrive: «Il termine «guerra» è fra quelli il cui impiego, nel linguaggio non solo comune, ma anche diplomatico, appare meno rigoroso ed univoco. Si ritiene generalmente che esso sia da intendere in due fondamentali significati: come situazione giuridica e come vicenda fenomenica. Nella prima accezione, esso si riferisce all’assetto che l’ordinamento internazionale, in conseguenza di un evento [...] che può essere sin da ora indicato nella manifestazione di volontà di uno dei soggetti dotati della relativa capacità, viene ad assumere in vista dello svolgimento della suddetta vicenda, onde ottenga una valutazione, essenzialmente di liceità, quale non riceverebbe dall’ordinamento internazionale nel suo assetto di pace. Si parla, a tal proposito, di «stato di guerra». Nella seconda accezione, il termine guerra è usato come enunciazione riassuntiva di tutti quei fatti mediante i quali si esercita e nei quali si concreta la violenza delle armi che un membro della Comunità internazionale spiega nei confronti di un altro allo scopo di distruggerne la forza e piegarne la volontà. Si tratta, in altre parole, del complesso delle operazioni militari, attraverso cui tipicamente si svolge la vicenda bellica. [...] Ricorre appunto una di quelle ipotesi, quando un membro della Comunità manifesta la determinazione di affrontare altro membro in uno scontro armato, proponendosi di annientarne la resistenza, ed accettando il rischio di vedere annientata la propria».

<sup>93</sup> Cfr. S. M. CARBONE, R. LUZZATO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, p. 287. Per ulteriori approfondimenti sullo stato di guerra nel periodo antecedente il XX secolo si veda S. GEMMA, *La guerra e il diritto internazionale*, Bologna, 1893. Cfr. pure S. ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1939, p. 155 ss.



giudiziario e l'obbligo di non ricorrere alla guerra prima che fossero trascorsi tre mesi dalla decisione emessa in sede arbitrale o giudiziaria<sup>94</sup>.

Successivamente, nel 1928, il ricorso alla guerra è stato del tutto vietato con il *Trattato sulla rinunzia alla guerra come strumento di risoluzione delle controversie internazionali*<sup>95</sup>, ancorché poi l'intento risultò vano a causa, come è noto, dello scoppio della Seconda guerra mondiale<sup>96</sup>.

Nonostante gli scarsi risultati, il generale ripudio della guerra ha trovato espressa consacrazione nella *Carta delle Nazioni Unite* (ONU) del 1945<sup>97</sup>. In tale Carta, in particolare, è previsto, all'art. 2, par. 4, il divieto dell'uso della forza, che

---

<sup>94</sup> Il Patto della Società delle Nazioni è stato approvato durante la Conferenza di Pace di Versailles il 28 giugno 1919 ed è entrato in vigore il 10 gennaio 1920. Nella letteratura sul punto si veda A. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 860; G. BALLADORE PALLIERI, *Il problema della guerra lecita nel diritto internazionale comune e nell'ordinamento giuridico della Società delle Nazioni*, in *Riv. dir. intern.*, 1930, p. 342 ss. In tema si veda pure D. BARTOLOTTI, *L'utopia della Società delle Nazioni e della pace bellica*, Torino, 1920.

<sup>95</sup> Il Trattato sulla rinunzia alla guerra come strumento di risoluzione delle controversie internazionali, o meglio conosciuto come il Patto BRIAND-KELLOGG, tra cui firmatari vi era pure l'Italia, è stato firmato a Parigi il 27 agosto 1928 ed è entrato in vigore il 24 luglio 1929. In particolare, all'art. I era previsto che «Le alte parti contraenti dichiarano solennemente in nome dei loro popoli rispettivi di condannare il ricorso alla guerra per la risoluzione delle divergenze internazionali e di rinunciare a usarne come strumento di politica nazionale nelle loro relazioni reciproche» e all'art. II «Le alte parti contraenti riconoscono che il regolamento o la risoluzione di tutte le divergenze o conflitti di qualunque natura o di qualunque origine possano essere, che avessero a nascere tra di loro, non dovrà mai essere cercato se non con mezzi pacifici». Per maggiori approfondimenti in tema cfr. A. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 862 ss.; R. H. FERREL, *Peace in their time: the origins of the Kellogg-Briand pact*, Hamden, 1968; A. N. MALDELSTAM, *L'interprétation du Pacte Briand- Kellogg par les Gouvernements et les Parlements des Etats signataires*, in *Rev. gén. dir. intern.*, 1933, p. 542 ss. Per una panoramica sulla disciplina della guerra prima dell'avvento della Seconda guerra mondiale si veda anche S. ROMANO, *op. cit.*, p. 148 ss.

<sup>96</sup> Sul punto si veda A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009, p. 295 in cui si afferma in merito «La seconda guerra mondiale, scoppiata dopo pochi anni, dimostrò l'illusorietà di simili propositi [...] e, forse, l'utopia insita nella pretesa di vietare la guerra senza affrontare anche le cause storiche, sociali e politiche che ne costituirono spesso il sostrato».

<sup>97</sup> La Carta delle Nazioni Unite è stata firmata a San Francisco il 26 giugno del 1945 ed è entrata in vigore il 24 ottobre 1945. In Italia è stata autorizzata la ratifica con l. 17 agosto 1957, n. 848, in *Gazz. Uff.*, Supp. ordinario, n. 2380, 27 settembre 1957.

ha acquisito poi valore consuetudinario e, ancora dopo, valenza di *ius cogens*, ossia carattere inderogabile<sup>98</sup>.

A differenza di quanto previsto però nel suesposto Trattato del 1928, il divieto dell'uso della forza per la soluzione delle controversie internazionali non è del tutto vietato, ma risulta possibile in alcuni casi.

In particolare, può essere una delle misure che, ai sensi del Capitolo VII della Carta, il Consiglio di Sicurezza può adottare in caso di controversia internazionale. Può farsi ricorso alla forza, inoltre, in caso di legittima difesa, ossia quando uno Stato stia subendo un attacco armato e attuale, purché la difesa sia necessaria, immediata e proporzionata<sup>99</sup>.

La dottrina di diritto internazionale, inoltre, ha ravvisato ulteriori ipotesi eccezionali nelle quali si può fare ricorso all'uso della forza, fondate sul diritto internazionale generale, ossia nel caso di stato di necessità, di caso fortuito, di forza maggiore, di estremo pericolo o con il consenso dell'avente diritto<sup>100</sup>.

Come misure ibride, infine, tra uso della forza e mezzi pacifici di risoluzione delle controversie internazionali vi sono le c.d. operazioni di *peace-keeping*, effettuate in ambito ONU per aiutare un determinato Paese in difficoltà a mantenere la pace, a ripristinare l'ordine e, talvolta, anche per conseguire obiettivi di carattere politico-sociale<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> In tal senso Cfr. A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *op. cit.*, p. 296.

<sup>99</sup> Per ulteriori approfondimenti sul punto, fra gli altri, si veda N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2021, p. 23 ss.; S. MARCHISIO, *Diritto internazionale, diritto delle Nazioni Unite e analogia federale*, in *Federalismi*, 23, 2017, p. 7 ss.; M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, Torino, 2009, p. 70 ss.; A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *op. cit.*, p. 301 ss.; P. PICONE, *Le autorizzazioni all'uso della forza tra sistema delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale*, in *Riv. dir. intern.*, 2005, p. 5 ss.; D. PANIZZA, *Diritto, società internazionale e guerra*, Padova, 1993; A. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 871; N. FEINBERG, *The legality of a 'state of war' after the cessation of hostilities: under the Charter of the United Nations and the Covenant of the League of Nations*, Jerusalem, 1961.

<sup>100</sup> In tema A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *op. cit.*, p. 333 ss.; S. MARCHISIO, *op. cit.*, p. 7 ss.

<sup>101</sup> A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *op. cit.*, p. 310 ss. in cui si afferma a proposito della natura ibrida delle missioni di *peace keeping* che queste «sarebbero *sui generis* e, comunque, più ascrivibili al Capitolo VI (soluzione pacifica delle controversie) che al Capitolo VII (mantenimento della pace e della sicurezza internazionale). In tal senso si parla anche di operazioni a metà strada tra l'uno e l'altro (il c.d. "Capitolo VI e mezzo" della *Carta*) [...]». Cfr. pure M. DELL'AGLI, F. LAMBERTI, *Il peacekeeping: fine di un (falso) mito*, Milano, 2021; E. NALIN, *L'applicabilità del diritto internazionale umanitario alle operazioni di peace-keeping delle Nazioni Unite*, Napoli, 2018; I. CARACCILO, U. MONTUORO (a cura di), *L'evoluzione del peacekeeping. Il ruolo dell'Italia*,

A tal proposito, in dottrina, è stata rilevata una nuova nozione di conflitto armato affermatesi nella prassi della Comunità internazionale a partire dalla seconda metà del Secolo scorso.

La nozione di conflitto armato, infatti, ha assunto dei contorni più ampi rispetto alla riconducibilità dell'uso della forza nella stretta dicotomia "conflitti interni" e "conflitti internazionali". Si pensi, ad esempio, alle già menzionate operazioni di *peace -keeping*, alle missioni militari per garantire la sicurezza collettiva, fino ad arrivare alla interpretazione estensiva di attacco armato sviluppatasi in seguito agli attentati terroristici dell'11 settembre 2001 che comprende anche gli atti sporadici e intermittenti (c.d. *small-scale attacks*)<sup>102</sup>.

Ciò posto, per quanto riguarda il diritto costituzionale italiano, la guerra è menzionata in diversi articoli della Costituzione repubblicana<sup>103</sup>.

---

Torino, 2017; G. CELLAMARE, *Le operazioni di peacekeeping delle organizzazioni regionali*, Bari, 2015; S. MARCHISIO, *Le specificità delle peace-keeping operations tra le forme di intervento delle Nazioni Unite*, in *Quad. n. 11 della Comunità internazionale*, 2007, p. 31 ss.; P. PICONE, *Il peace-keeping nel mondo attuale: tra militarizzazione e amministrazione fiduciaria*, in *Riv. dir. intern.* 1996, p. 5 ss.

<sup>102</sup> Cfr. A. VEDASCHI, *Guerra e Costituzioni: spunti dalla comparazione*, in *Oss. costituzionale AIC*, 3, 2022, p. 47 ss.; In tema si veda pure G. DE VERGOTTINI, *Guerra, difesa e sicurezza nella Costituzione e nella prassi*, in *Riv. AIC*, 2, 2017, p. 1 ss. Si permetta di rimandare sul punto anche a V. TELARO, *Il diritto d'asilo costituzionale: premesse storiche e questioni attuali nel rapporto di integrazione multilivello tra le fonti*, in *Federalismi*, 17, 2022, p. 104. In giurisprudenza si veda in proposito CGUE, C-285/12, 30 gennaio 2014, *Diakité c. Belgio*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2014:39 in cui, ai fini della applicazione della protezione sussidiaria, si afferma: «si deve ammettere l'esistenza di un conflitto armato interno (...) quando le forze governative di uno Stato si scontrano con uno o più gruppi armati o quando due o più gruppi armati si scontrano tra loro, senza che sia necessario che tale conflitto possa essere qualificato come conflitto armato che non presenta un carattere internazionale ai sensi del diritto internazionale umanitario e senza che l'intensità degli scontri armati, il livello di organizzazione delle forze armate presenti o la durata del conflitto siano oggetto di una valutazione distinta da quella relativa al livello di violenza che imperversa nel territorio in questione».

<sup>103</sup> In tema nella letteratura, fra gli altri, si veda G. MARAZZITA, *"Guerra vietata, legittima e necessaria"*, in *Federalismi*, 22, 2018, p. 52 ss.; N. RONZITTI, *op. cit.*, p. 109 ss.; P. CARNEVALE, *La Costituzione va alla guerra?*, Napoli, 2013; A. ALÌ, *La guerra e la Costituzione*, in C. CASONATO (a cura di), *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione*, Torino, 2010, p. 307 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione: nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004; V. ONIDA, *Guerra, diritto e costituzione*, in *Il Mulino*, 5, 1999, p. 958 ss.

All'art. 11 Cost., innanzitutto, è sancito il generale ripudio dell'Italia alla guerra come strumento atto ad offendere la libertà degli altri popoli e come mezzo per risolvere le controversie internazionali<sup>104</sup>.

In tale norma, quindi, che riveste carattere precettivo, la Costituzione italiana ripudia la c.d. guerra di aggressione per risolvere le controversie internazionali<sup>105</sup>.

Ciò non significa, però, che la Costituzione ripudi anche la c.d. guerra difensiva, che continua, quindi, ad essere permessa in Italia qualora risulti necessario difendersi rispetto ad aggressioni del nemico che colpiscono il territorio o beni e interessi di particolare importanza situati anche al di fuori del territorio nazionale<sup>106</sup>.

La tesi, oltre che dal tenore letterale dell'art. 11 Cost., è confermata dalle altre disposizioni costituzionali in tema di guerra<sup>107</sup>.

Per il caso, infatti, in cui l'Italia dovesse necessariamente ricorrere alla guerra, come strumento di difesa dall'attacco altrui, la Carta costituzionale prevede una specifica disciplina.

Nello specifico, è previsto all'art. 78 che siano le Camere a deliberare lo stato di guerra e a conferire al Governo i poteri necessari e all'art. 87, comma 9, che spetta poi dichiararla al Presidente della Repubblica<sup>108</sup>.

Sono dettate al riguardo, inoltre, altre disposizioni di contorno: all'art. 60, comma 2, è sancita la proroga della durata delle Camere con legge in caso di

---

<sup>104</sup> Cfr. N. RONZITTI, *L'art. 11 della Costituzione. Baluardo della vocazione internazionale dell'Italia*, Napoli, 2011; M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, Napoli, 2010; A. COSSIRI, *Art. 11*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 88 ss.; L. CARLASSARE, *L'art. 11 sulla pace e sulla guerra: quali garanzie?*, in *Annali dell'Univ. Di Ferrara*, sez. V, Sc. giur., 1988, p. 19 ss.; A. CASSESE, *Art. 11*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12. Principi fondamentali*, Bologna, 1975.

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>106</sup> In tema, per tutti, A. COSSIRI, *op. cit.*, p. 88 ss. Per quanto riguarda il concetto di territorio nell'ordinamento costituzionale in dottrina si vedano I. A. NICOTRA, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1995; C. SAGONE, *Territorio e ordinamento costituzionale. Antiche Suggestioni e nuovi scenari*, Napoli, 2022.

<sup>107</sup> A. COSSIRI, *op. cit.*, p. 89.

<sup>108</sup> Sul punto, oltre a quanto si dirà in seguito, per maggiori approfondimenti si rinvia alla bibliografia poc'anzi citata *sub* nota n. 103.

guerra; all'art. 103, comma 3, è affermato che la giurisdizione dei Tribunali militari può essere estesa con legge in tempo di guerra anche al di fuori dei reati commessi dagli appartenenti alle forze armate; e, infine, all'art. 111, comma 7, è prevista la possibilità di derogare al principio del ricorso in Cassazione delle sentenze e dei provvedimenti emessi in materia di libertà personale dai Tribunali militari in tempo di guerra<sup>109</sup>.

Si deve riferimento, inoltre, all'art. 52, comma 1, Cost., in cui è sancito il «sacro dovere del cittadino» della difesa della Patria<sup>110</sup>.

Prima che intervenisse la l. cost. 2 ottobre 2007, n. 1, era sancita, altresì, all'art. 27, comma 3, una deroga al divieto di pena di morte «nei casi previsti dalla leggi militari di guerra»<sup>111</sup>.

Orbene, come è possibile notare dalle disposizioni esaminate, in particolare con riferimento all'art. 78 e all'art. 87, comma 9, la Costituzione repubblicana in tema di guerra ha operato delle scelte differenti rispetto a quanto previsto nello Statuto Albertino.

Sotto la vigenza dello Statuto Albertino, infatti, per lo *ius ad bellum* non era previsto il coinvolgimento dell'organo parlamentare ma, ai sensi dell'art. 5 dello Statuto, la decisione era presa direttamente dal Re, al quale competeva dichiarare la guerra<sup>112</sup>.

Nella Costituzione repubblicana, invece, è stata affermata la necessità che la deliberazione dello stato di guerra provenga dal Parlamento e che la dichiarazione di guerra sia effettuata da parte del Presidente della Repubblica.

Le motivazioni che indussero l'Assemblea costituente a coinvolgere in tema di guerra il Parlamento, organo rappresentativo dei cittadini, emergono, in particolare, dalle parole espresse dall'On. DAMIANI nella seduta dell'8 marzo 1947 durante i lavori preparatori della Costituzione: «Va bene che decisioni così importanti siano prese dall'Assemblea Nazionale. Questo è un altro fatto di alto significato, che mette in maggior rilievo il grave crimine commesso nel 1940,

---

<sup>109</sup> Ibidem.

<sup>110</sup> Ibidem. Si veda anche P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2011, p. 570 ss.

<sup>111</sup> L. cost. 2 ottobre 2007, n. 1, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 236, 10 ottobre 2007.

<sup>112</sup> Per maggiori approfondimenti sulla disciplina dello stato di guerra nell'esperienza costituzionale italiana pre-repubblicana si veda G. F. FERRARI, voce *Guerra (stato di)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 818 ss.

quando l'intero popolo italiano fu trascinato alla rovina per decisione di un solo uomo. No, decisioni così importanti devono essere prese dai rappresentanti del popolo [...]»<sup>113</sup>.

In seno all'Assemblea costituente, addirittura, vi furono voci, come quella dell'On. TERRANOVA, che ritenevano non sufficiente la mera deliberazione dell'*élite* parlamentare in un tema che coinvolgesse in modo molto profondo le masse popolari e, quindi, proposero che ad esprimersi in merito fossero le assemblee regionali<sup>114</sup>.

Non mancarono, tuttavia, voci critiche al riguardo, come quelle degli On. BENCIVENGA e CODACCI PISANELLI, espresse rispettivamente nelle sedute del 13 marzo 1947 e 10 settembre 1947, i quali rilevarono che la previa deliberazione parlamentare avrebbe causato il mancato effetto "sorpresa" necessario alla buona riuscita delle operazioni di guerra e che tale procedimento avrebbe provocato dei ritardi<sup>115</sup>.

Le critiche, però, come già visto, non trovarono seguito e l'art. 78 Cost. fu definitivamente approvato nella seduta del 21 ottobre 1947 con la previsione della necessaria previa deliberazione dello stato di guerra da parte delle Camere<sup>116</sup>.

Ciò premesso, è stato sottolineato in dottrina che dall'interpretazione letterale dell'art. 78 Cost., laddove si sancisce che «Le camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari», si deduce che la deliberazione di guerra, ossia la decisione di ricorrere all'uso massiccio della violenza bellica, può, ma non deve, essere seguita dalla decisione di conferire al Governo ulteriori poteri<sup>117</sup>.

Le due cose, infatti, vanno tenute distinte.

---

<sup>113</sup> Cfr. S. M. CICCONE, M. CORTESE, G. TORCOLINI, S. TRAVERSA, *op. cit.*, pp. 281-282.

<sup>114</sup> Cfr. S. M. CICCONE, M. CORTESE, G. TORCOLINI, S. TRAVERSA, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Vol. IV, Roma, 1970, pp. 3390-3391, seduta del 21 ottobre 1947.

<sup>115</sup> Sul punto per le dichiarazioni dell'On. BENCIVENGA si veda Cfr. S. M. CICCONE, M. CORTESE, G. TORCOLINI, S. TRAVERSA, *op. cit.*, Vol. I, p. 376. Per quelle, invece, dell'On. CODACCI PISANELLI Cfr. S. M. CICCONE, M. CORTESE, G. TORCOLINI, S. TRAVERSA, *op. cit.*, Vol. IV, p. 2771.

<sup>116</sup> Ivi, p. 3389 ss.

<sup>117</sup> Così Cfr. P. PINNA, *Guerra (stato di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 55 ss.

Il conferimento dei poteri necessari al Governo, tuttavia, pare un atto “dovuto”, ancorché dall’interpretazione letterale dell’art. 78 Cost. non sembra sia giuridicamente richiesto, considerato che sarebbe difficile per l’organo parlamentare disciplinare per tempo con propri provvedimenti tutte le nuove esigenze che possono sorgere durante lo stato di guerra.

Chiarito quanto sopra, occorre osservare come la deliberazione dello stato di guerra con il conferimento al Governo dei poteri necessari sia una delega generica, differente da quella conferita ai sensi dell’art. 76 Cost<sup>118</sup>.

È una delega, infatti, che si riferisce a un periodo non circoscritto, nella quale non è possibile indicare con precisione i princìpi e i criteri direttivi, il tempo di esercizio e l’oggetto.

La delega, infatti, conterrà il conferimento di quanto si renderà necessario in relazione allo stato di guerra.

Il Parlamento, tuttavia, potrà agire nei limiti di ciò che è permesso dalla Costituzione, senza rinunciare al suo ruolo primario o limitando i poteri degli altri organi costituzionali, salvo che questo sia espressamente previsto. Potrà, quindi, limitare alcune libertà costituzionali, ma dovrà, comunque, decidere se conferire o meno la fiducia al Governo, quando revocarla, nonché esercitare le sue funzioni ispettive e di controllo. Non potrà, inoltre, sospendere le attribuzioni riconosciute ad altri organi, come il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> In tal senso, fra gli altri, M. D’AMICO, G. ARCONZO, *op. cit.*, p. 538; F. GIUFFRÈ, I. A. NICOTRA, F. PATERNITI, *op. cit.*, p. 406; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 402; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 99. In proposito, si espressero pure in seno all’Assemblea costituente durante i lavori preparatori e, in particolare, si fa riferimento a quelle affermate dall’On. PRETI nella seduta dell’11 settembre 1947, in S. M. CICCONE, M. CORTESE, G. TORCOLINI, S. TRAVERSA, *op. cit.*, Vol. IV, pp. 2786-2787: «Dato che il rapporto reale tra legge e decreti-legge è quello che io ho messo in luce, non dobbiamo aver timore di riconoscere che vi sono delle particolari situazioni nelle quali può essere necessario il ricorso sia al decreto-legge, sia ad una ampia delega legislativa. Per esempio, io concordo con quello che ha detto ieri l’onorevole Crispo, per quanto riguarda lo stato di guerra. Mi sembra infatti che, in caso di guerra, la delega non debba farsi caso per caso e sia opportuno, invece, ricorrere a una delega più generale per i provvedimenti resi necessari dallo stato di guerra. D’altra parte, anche la democratica Inghilterra, durante l’ultima guerra, si è attenuta suppergiù a questi criteri».

<sup>119</sup> Cfr. P. PINNA, *op. cit.*, p. 56 ss.

La deliberazione dello stato di guerra, secondo l'orientamento dottrinale prevalente, avviene con un atto legislativo, ancorché l'art. 78 Cost. taccia in ordine alla qualificazione giuridica della deliberazione parlamentare<sup>120</sup>.

Seconda altra parte della dottrina, invece, considerati i tempi lunghi che richiederebbe il procedimento legislativo e il silenzio della disposizione in ordine alla qualificazione giuridica della deliberazione parlamentare - a differenza di quanto affermato espressamente nei successivi artt. 79, 80 e 81 Cost. - si tratterebbe di un atto bicamerale di natura non legislativa<sup>121</sup>.

Tale dottrina, inoltre, evidenzia il pericolo che, accogliendo la tesi della natura legislativa della deliberazione parlamentare, questa sarebbe suscettibile di referendum e di sindacato di legittimità costituzionale<sup>122</sup>.

Orbene, l'orientamento che si ritiene da accogliere è il primo.

Pur non trascurando gli argomenti di non poco conto a sostegno della seconda tesi, occorre osservare che vi sono altri importanti motivazioni a supporto della prima.

Ancorché, infatti, l'art. 78 Cost. non qualifichi la natura della deliberazione, la sua collocazione rientra pur sempre nella Sezione della Costituzione dedicata alla formazione delle leggi<sup>123</sup>.

Pare, inoltre, necessario che la sospensione di parte della Costituzione che può provocare tale deliberazione avvenga con decisione legislativa del Parlamento e non con un mero atto bicamerale. Con l'atto legislativo, infatti, sarà possibile un controllo sia da parte delle Camere, quando delibereranno l'atto, che da parte del Presidente della Repubblica, quando provvederà alla sua promulgazione, nonché, infine, dopo l'entrata in vigore della legge delega, da parte della Corte costituzionale e del Corpo elettorale<sup>124</sup>.

---

<sup>120</sup> Cfr. M. TRAPANI, *op. cit.*, p. 6.; G. F. FERRARI, *op. cit.*, p. 835 ss.; A. PAGLIARO, voce *Legge penale*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 1043; P. PINNA, *op. cit.*, p. 55 ss.; M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, pp. 18-19.

<sup>121</sup> Cfr. L. ELIA, *Gli atti bicamerali non legislativi*, in *Studi sulla Costituzione*, Vol. II, Milano, 1958, pp. 426-433.

<sup>122</sup> *Ibidem*.

<sup>123</sup> In tal senso anche G. F. FERRARI, *op. cit.*, p. 835.

<sup>124</sup> A tal proposito, P. PINNA, *op. cit.*, p. 55 ss. scrive «pare preferibile tale forma [la forma legislativa *n.d.a.*], perché assicura una maggiore articolazione pluralistica del processo decisionale, che è indispensabile [...] allorquando si debbano assumere determinazioni incidenti sull'unità e sulla stabilità dell'ordine costituzionale».



In ogni caso, per quanto riguarda le esigenze di natura temporale avanzate a sostegno della tesi opposta, sarà pur sempre possibile intervenire, qualora necessario e nell'attesa della deliberazione parlamentare, con l'adozione di un decreto legge ai sensi dell'art. 77 Cost., al fine di fornire, almeno in via provvisoria, una pronta risposta alle esigenze del periodo emergenziale<sup>125</sup>.

In dottrina, inoltre, è stato evidenziato che sarebbe possibile, in attesa della fonte-atto parlamentare, agire sulla base della fonte-fatto del principio di necessità, applicando il noto principio *Salus rei publicae suprema lex esto*<sup>126</sup>.

Per quanto riguarda, infine, il “pericolo” del referendum abrogativo e del sindacato di legittimità costituzionale, pare che non sia altro che la naturale conseguenza della decisione in seno all'Assemblea costituente di affidare all'organo rappresentativo del popolo la decisione in tema di guerra, anziché al Capo dello Stato, così come, invece, avveniva sotto la vigenza dello Statuto Albertino.

Non si tratta, infatti, di una “rottura” della Costituzione, bensì di una sua “sospensione”, durante la quale il Parlamento sospende, appunto, alcune libertà fondamentali e conferisce maggiori poteri al Governo, ma pur sempre rimanendo nell'ambito dell'architettura costituzionale della forma di governo parlamentare e nei limiti concessi dalla Carta fondamentale<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> Così anche G. F. FERRARI, *op. cit.*, p. 838. La soluzione emerse anche in sede di lavori preparatori della Costituzione e, in particolare, fu esposta dall'On. RUINI, così come riportato in V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *op. cit.*, p. 133.

<sup>126</sup> Sul punto si veda G. F. FERRARI, *op. cit.*, p. 838. A tal proposito per quanto riguarda la possibilità per il Governo di agire specificamente in materia penale senza la previa deliberazione delle Camere ex art. 78 Cost., basandosi sulla fonte-fatto del principio di necessità, si veda A. PAGLIARO, *op. cit.*, p. 1043 in cui afferma «Da notare che, ove fosse materialmente impossibile, per lo scoppio improvviso della guerra, applicare la disposizione dell'art. 78 cost., il fatto prevarrà sul diritto: sicché, in base al principio *necessitas legem non habet* sarà lecito al Governo e alle autorità militari emanare disposizioni con forza di legge e, dunque, anche disposizioni penali». Con riferimento alla fonte-fatto basata sul principio di necessità nel diritto costituzionale comparato si veda G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, p. 306 ss. Sulla necessità come fonte con specifico riferimento all'ordinamento italiano si veda P. CARETTI, *op. cit.*, p. 108 ss.; G. P. GRASSO, voce *Necessità (stato di)*. *Diritto pubblico*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 866 ss.

<sup>127</sup> Cfr. G. F. FERRARI, *op. cit.*, p. 826 e p. 846 ss.; Si veda pure S.M. CICONETTI, *op. cit.*, p. 271 ss. Sulla differenza tra rottura e modifiche temporanee tramite sospensione della Costituzione, anche a livello comparato, si veda G. DE VERGOTTINI, *op. cit.*, pp. 303-309.

### 3.3.1. I decreti governativi in tempo di guerra e i bandi militari

Avendo proceduto all'esame della disciplina dello stato di guerra nel diritto internazionale e in quello costituzionale italiano, è possibile soffermarsi sui poteri governativi in materia penale adottati in tale periodo.

Orbene, il conferimento *ex art. 78 Cost.* dei poteri necessari al Governo, comprendono anche i poteri in materia penale.

Durante lo stato di guerra, infatti, il Governo potrà intervenire con dei decreti governativi con valore di atti aventi forza di legge, pur essendo fonti *extra-ordinem*, adottati sulla base dei poteri ad esso conferiti dal Parlamento<sup>128</sup>.

Sul punto, però, una parte minoritaria della dottrina ha sostenuto che, alla luce della riserva di legge di cui all'art. 25, commi 2 e 3, Cost., i decreti governativi *ex art. 78 Cost.* risulterebbero inidonei a disciplinare il diritto penale. Tale dottrina parte dal presupposto che i citati decreti, in quanto meri atti del Governo, non sarebbero sindacabili da parte della Corte costituzionale e, di conseguenza, il Governo dovrebbe intervenire in materia penale, ai sensi dell'art. 77 Cost., con un decreto legge<sup>129</sup>.

Invero, anche i decreti governativi, avendo come abbiamo già detto valore di atti con forza di legge, risultano sindacabili da parte della Corte costituzionale ai sensi dell'art. 134 Cost., oltre a poter essere sottoposti a referendum abrogativo ai sensi dell'art. 75 Cost.

L'art. 78 Cost., inoltre, si riferisce genericamente a «i poteri necessari», senza limitare le materie di competenza nelle quali sarà possibile per il Governo intervenire con una propria decisione. Se tra tali poteri, quindi, in base alle necessità del periodo bellico, vi saranno anche quelli penali – come è facile immaginare che accada – tale materia potrà essere oggetto dei decreti governativi in questione.

La delega al Governo, infatti, come abbiamo già visto, contiene delle previsioni generiche che permettono di assumere in modo celere le decisioni che si renderanno necessarie durante l'emergenza bellica.

Non si vede, infine, la motivazione del perché in tale periodo sia possibile sospendere numerosi diritti e princìpi costituzionali e non si possa, invece,

---

<sup>128</sup> In merito alla qualificazione di tali decreti come atti aventi forza di legge, fra gli altri, si veda, in particolare, A. PAGLIARO, *op. cit.*, p. 1043; M. SPASARI, *op. cit.*, pp. 18-19; M. TRAPANI, *op. cit.*, p. 6.

<sup>129</sup> In tal senso A. GAMBERINI, *op. cit.*, pp. 139-140.

derogare al principio della riserva di legge in materia penale, lasciando ampio spazio di manovra al Governo.

Anzi, secondo la dottrina penalistica dominante, il caso dei decreti governativi in materia penale è l'unico in cui risulta possibile derogare al principio della riserva di legge di cui all'art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione<sup>130</sup>.

Maggiori problemi di costituzionalità, invece, scaturiscono in merito dall'uso in materia penale in tempo di guerra dei c.d. bandi militari.

Trattasi di provvedimenti emanati dal Comandante Supremo delle Forze armate in tempo di guerra, disciplinati dal r.d. 8 luglio 1938, n. 1415, *Legge italiana di guerra*<sup>131</sup>, e dal r.d. 20 febbraio 1941, n. 303, *Codici penali militari di pace e di guerra*<sup>132</sup>, e ai quali è espressamente attribuito valore di legge.

La *ratio* è quella di intervenire in modo tempestivo in tempo di guerra.

Come è possibile notare, si tratta di fonti di produzione del diritto previste nel periodo antecedente all'entrata in vigore della Costituzione, ragion per cui si è posto il problema della loro compatibilità con il sistema chiuso delle fonti dell'ordinamento vigente.

Sul punto vi è un doppio orientamento.

Secondo una prima tesi, i bandi militari sarebbero legittimi perché trovano fondamento nelle peculiari necessità che sorgono dallo stato di guerra e perché al Governo sarebbe permesso una facoltà di sub-delega dei poteri conferiti genericamente dal Parlamento ai sensi dell'art. 78 Cost.<sup>133</sup>.

Secondo una seconda tesi, invece, i bandi militari non sarebbero compatibili con il nuovo ordinamento costituzionale, in quanto trattasi di provvedimenti

---

<sup>130</sup> Fra gli altri, si veda per tutti G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 1999, p. 50 ss.; nonché R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 99.

<sup>131</sup> R.d. 8 luglio 1938, n. 1415, in *Gazz. Uff. del Regno d'Italia*, Suppl. ordinario, n. 211, 15 settembre 1938.

<sup>132</sup> R.d. 20 febbraio 1941, n. 303, in *Gazz. Uff. del Regno d'Italia*, Serie Generale, n. 107, 6 maggio 1941.

<sup>133</sup> In tal senso A. PAGLIARO, *op. cit.*, p. 1043; ID., *Principi di diritto penale*, Milano, 2020, p. 49 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, p. 52 ss.; M. TRAPANI, *op. cit.*, p. 6; V. GARINO, *Bandi militari*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987, p. 431 ss.; R. VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, 1985, p. 48; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, p. 722 ss.; C. CARBONE, voce *Bandi militari*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, p. 49 ss.

legislativi che fuoriescono dal sistema chiuso delle fonti primarie previsto dalla Costituzione<sup>134</sup>.

Orbene, in merito pare si possa osservare che la fonte-fatto del principio di necessità potrebbe soltanto giustificare in via temporanea l'emanazione di

---

<sup>134</sup> Per tale tesi F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2000, p. 72; M. D'AMICO, G. ARCONZO, *op. cit.*, p. 538; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1998, p. 82; M. SPASARI, *op. cit.*, p. 21. Esprimono, inoltre, dubbi in merito R. BIN, G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 402. A tal proposito si veda G. FERRARI, *op. cit.*, p. 848 il quale afferma «Certo, il legislatore ordinario può anche considerare inevitabile, in tempo di guerra, il fenomeno della produzione di norme giuridiche primarie ad opera dei comandi militari e, al limite, persino l'effetto sospensivo, mediante i bandi, di garanzie e diritti tutelati espressamente dalla Costituzione. È altrettanto certo, tuttavia, che, in costituzione rigida, ed in presenza di una disciplina costituzionale della guerra, qual è quella che l'art. 78 ha più sopra consentito di enucleare, il legislatore ordinario non ha - o non ha più - il potere di dispensare anche il più alto comandante militare dal rispetto di quei vincoli, cui il costituente ha assoggettato in subiecta materia anche il Governo, e meno ancora di emarginare quest'ultimo dall'esercizio dei poteri necessari, ponendo in suo luogo, o anche solo a fianco, e perciò in posizione autonoma, l'autorità militare. Uno dei cardini di ogni moderno sistema costituzionale - ed anche dei sistemi autoritari - è la soggezione dell'autorità militare al potere civile, in qualsiasi circostanza, in qualsiasi luogo, in qualsiasi materia. Con riguardo alla nostra Costituzione, non è privo di significato il fatto che il solo organo di carattere militare ivi espressamente menzionato, il Consiglio supremo di difesa, ha funzioni meramente consultive, e che comandante delle forze armate è proclamato il Presidente della Repubblica, cioè il garante della Costituzione. Il chiaro rapporto gerarchico che ne deriva non può non rimanere inalterato anche in caso di guerra, perché altrimenti siamo fuori della Costituzione. E saremmo appunto fuori di questa, come sarebbe alterato e, forse, invertito il predetto rapporto gerarchico, se i comandi militari fossero facoltizzati ad emanare norme giuridiche primarie in via autonoma. A parte ciò, la normativa ordinaria in esame prevede sempre un organo individuale, ignora alcun limite alla potestà di bando, esime i bandi da qualsiasi sindacato invalidante delle Camere, e sottrae i comandanti militari ad ogni responsabilità nei confronti del Parlamento. La disciplina costituzionale, invece, prevede un organo collegiale e complesso, qual è il Governo, cui si aggiunge l'organo individuale Capo dello Stato, pone alla potestà i limiti più sopra individuati, prescrive la successiva conversione in legge degli atti adottati, e rende responsabile il Governo dinanzi alle Camere. Non pare dubbio allora che, se l'esercizio di potestà normativa dei comandanti militari in caso di guerra è proprio inevitabile, la relativa disciplina deve allinearsi a quella costituzionale, e che, conseguentemente, la normativa non ancora abrogata è costituzionalmente illegittima. Ritenendo sempre inevitabile l'esercizio della predetta potestà da parte dei comandanti militari, il problema che si pone è quello di costituzionalizzare i bandi. Ma è un problema de iure condendo, in ordine al quale si può qui solo osservare che potestà normativa primaria dei comandanti militari e relativi bandi acquistano legittimità costituzionale, esclusivamente passando attraverso il filtro governativo; cioè, esclusivamente se il Governo, unico attributario dei poteri necessari, fa immediatamente propri i bandi militari, calandoli in quei decreti - legge, che esso è facoltizzato ad emanare, ed è tenuto a presentare alle Camere per la conversione in leggi».

provvedimenti militari, qualora non sia permesso attendere l'intervento governativo.

Non sembra, invece, che al di fuori di tale ipotesi si possa affermare la piena legittimità costituzionale dei bandi militari, così come previsto dai suesposti Regi decreti del 1938 e del 1941.

I bandi militari emanati dopo che il Governo abbia esercitato i propri poteri, ai sensi degli artt. 77 e 78 Cost, non troverebbero più giustificazione nell'impianto costituzionale, che dispone una specifica disciplina eccezionale per gestire l'emergenza bellica.

In altri termini, i bandi militari potrebbero trovare una legittimazione normativa soltanto in via provvisoria e nel solo estremo caso in cui non risultasse possibile intervenire in materia con i provvedimenti legislativi previsti dalla Costituzione.

Occorre considerare, inoltre, che, essendo fonti non dettate dalla Costituzione, non risulta permesso la sottoposizione di tali bandi a referendum abrogativo e al sindacato di legittimità costituzionale.

Mancherebbe, altresì, il controllo che il Parlamento esercita nei confronti del Governo e che fa da contrappeso alla concessione dei più ampi conferiti *ex art.* 78 Cost. in tempo di guerra.

Non convince, tra l'altro, l'ipotesi della sub-delega, poiché la Costituzione concede più ampi poteri solo ed esclusivamente all'organo di Governo.

Si rischierebbe, infine, l'adozione di bandi militari con un contenuto privo di qualsiasi vincolo normativo, in contrasto sia con la riserva di legge in materia penale che con gli altri corollari del principio di legalità. Si pensi, ad esempio, a un bando militare che non rispettasse il principio di tassatività.

Alla luce delle predette considerazioni, pertanto, sembra di dovere accogliere la tesi che sostiene l'illegittimità costituzionale dei bandi militari in tempo di guerra, ferma restando, però, la loro legittimità provvisoria sulla base del principio di necessità.

### **3.4. Le leggi regionali in materia penale nel dibattito anteriore e posteriore alla riforma del Titolo V, della Parte II, della Costituzione. La questione degli illeciti amministrativi e i nuovi riflessi regionali delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali**

La legge regionale è una fonte primaria dell'ordinamento, deliberata dalle assemblee elettive regionali e che disciplina i settori di competenza concorrente e residuale attribuite alle Regioni dall'art. 117 della Costituzione.

Al pari della legge parlamentare, inoltre, può essere sottoposta al controllo di legittimità da parte della Corte costituzionale.

Alla legge regionale, infine, sono da equiparare le leggi provinciali delle Province autonome di Trento e Bolzano<sup>135</sup>.

Il sistema di ripartizione delle competenze tra lo Stato e le Regioni, come è noto, è stato oggetto di una importante riforma costituzionale, con la quale è stata revisionata la Parte II, Titolo V, della Costituzione (l. cost. n. 3/2001)<sup>136</sup>.

Prima della Riforma del 2001, in particolare, era attribuita allo Stato una potestà legislativa generale e alle Regioni veniva attribuita la sola competenza in materie espressamente previste dalla Costituzione<sup>137</sup>.

La riforma, invece, ha sottratto allo Stato la potestà legislativa generale di cui godeva in precedenza e ha indicato specificamente nella Costituzione, all'art. 117, comma 2, le materie di sua esclusiva competenza<sup>138</sup>.

Alle Regioni, infine, è stata conferita la potestà legislativa concorrente con quella dello Stato in alcune materie indicate all'art. 117, comma 3, Cost. e godono, inoltre, della potestà legislativa generale e residuale con riferimento a tutte le

---

<sup>135</sup> Per maggiori approfondimenti sulle leggi regionali e sul procedimento previsto per la loro adozione si rinvia, fra gli altri, a M. CARLI, *Diritto regionale. Le autonomie regionali, speciali e ordinarie*, Torino, 2022, p. 97 ss.; F. GIUFFRÈ, I. A. NICOTRA, F. PATERNITI, *op. cit.*, p. 327 ss; P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Torino, 2019, p. 50 ss.; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 426 ss.; R. BIN, G. FALCON, *Diritto regionale*, Bologna, 2018. Per una visione d'insieme sulla evoluzione del sistema regionale si veda anche, tra i più recenti contributi, G. CERRINA FERONI, G. TARLI BARBIERI, *Le Regioni dalla Costituente al nuovo Senato della Repubblica*, Napoli, 2016. Sulle leggi delle province autonome di Trento e Bolzano si veda, per tutti, M. CARLI, *op. cit.*, p. 257 ss.

<sup>136</sup> *Ibidem*.

<sup>137</sup> *Ibidem*.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

materie non espressamente comprese negli elenchi di cui ai commi 2 e 3, dell'art. 117 Cost<sup>139</sup>.

Orbene, per quanto riguarda l'intervento delle leggi regionali in materia penale, occorre distinguere il periodo antecedente e quello successivo alla riforma costituzionale del 2001.

Nonostante, infatti, in entrambi i periodi l'orientamento dominante escluda la possibilità per le Regioni di legiferare in materia penale, con la riforma del 2001 pare che la maggiore autonomia ad esse attribuito dia luogo, rispetto al passato, ad un più ampio spazio di intervento anche in ambito penalistico.

Prima della riforma del 2001, in particolare, a sostegno della tesi che escludeva l'ammissibilità di un intervento normativo penale delle Regioni, erano stati addotti diversi argomenti<sup>140</sup>.

In particolare, con un primo argomento è stato sostenuto che il principio di eguaglianza impone la sola potestà legislativa statale in materia per ragioni di uniformità. In caso contrario, infatti, si rischierebbe una disparità di trattamento penale fra le varie Regioni<sup>141</sup>.

È stato sostenuto, inoltre, che l'intervento normativo penale delle Regioni sarebbe in contrasto con l'unità della Repubblica sancita all'art. 5 Cost<sup>142</sup>.

Ulteriori argomenti addotti sono stati: da un lato, il monopolio legislativo statale in materia penale di cui all'art. 25 Cost.; dall'altro, la circostanza che le assemblee regionali non godano della rappresentanza dei cittadini non residenti, autori di un fatto-reato di fonte regionale<sup>143</sup>.

---

<sup>139</sup> Ibidem.

<sup>140</sup> Per una panoramica relativa gli orientamenti a sostegno della tesi si vedano, fra gli altri, R. GAROFOLI, *op. cit.*, pp. 101-102; M. TRAPANI, *op. cit.*, p. 10,

<sup>141</sup> Per tutti G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, p. 54.

<sup>142</sup> Ibidem. Si veda anche C. PIERGALLINI, *Della legge penale*, in G. LATTANZI, E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. I, *La legge penale e le pene*, Milano, 2000, p. 14

<sup>143</sup> C. PIERGALLINI, *La potestà penale delle Regioni, oggi: approfondimenti, reticenze e suggestioni di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 1574 ss.; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 101; F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La questione criminale*, 1980, p. 204 ss.; A. SANTORO, *op. cit.*, p. 96; S. VINCIGUERRA, *Leggi penali regionali*, Milano, 1974.

In aggiunta, l'orientamento in esame ha fatto leva sulla potestà legislativa generale attribuita allo Stato prima della riforma del 2001, ad eccezione delle materie attribuite in modo specifico alle Regioni<sup>144</sup>.

Vi è stato, infine, chi ha addotto come ostativo alle leggi regionali penali l'art. 120 Cost., nella parte in cui pre-riforma disponeva (e in termini simili dispone anche dopo la riforma) che la Regione «Non può adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose fra le Regioni»<sup>145</sup>.

Occorre osservare, però, che l'orientamento *de quo* non escludeva una potestà legislativa indiretta a livello penale delle Regioni. Si sottolineava, infatti, che, esclusa la possibilità di dettare direttamente disposizioni penali, vi era la facoltà per le Regioni di influenzare le norme statali disciplinando le materie di propria competenza nel loro rispettivo settore di applicazione<sup>146</sup>.

Il suesposto filone di pensiero è stato condiviso pure dalla quasi totalità della giurisprudenza sul tema della Corte costituzionale<sup>147</sup>, salvo che in alcune eccezionali pronunce<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> Cfr. C. PIERGALLINI, *Norma penale e leggi regionali: la costruzione del "tipo"*, in E. DOLCINI, T. PADOVANI, F. PALAZZO (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, Milano, 1994, p. 119 ss.

<sup>145</sup> A. PAGLIARO, *op. cit.*, p. 1044 ss. il quale afferma «Si apre a questo punto un'alternativa: o ritenere che le regioni possano emanare norme penali che prevedano una sanzione pecuniaria non convertibile in sanzione detentiva; oppure concludere che le regioni possano porre soltanto sanzioni amministrative (punitive o preventive). In senso anche S. ALEO, E. LANZA, *op. cit.*, p. 34 ss.

<sup>146</sup> Sul punto A. SANTORO, *op. cit.*, p. 96.

<sup>147</sup> Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 21, 19-26 gennaio 1957, in *Bollettino Ufficiale della Regione autonoma della Sardegna*, n. 8, 4 marzo 1957; Corte cost., sent. n. 13, 17-29 marzo 1961, in *Gazz. Uff.*, n. 83, 1° aprile 1961; Corte cost., sent. n. 79, 11-12 maggio 1977, in *Gazz. Uff.*, n. 134, 18 maggio 1977; Corte cost., sent. n. 62, 15 giugno-4 luglio 1979, in *Gazz. Uff.*, n. 189, 11 luglio 1979; Corte cost., sent. n. 309, 14-22 giugno 1990, in *Gazz. Uff.*, n. 26, 27 giugno 1990.

<sup>148</sup> Si veda Corte cost., sent. n. 104, 25 giugno-8 luglio 1957, in *Gazz. Uff.*, n. 174, 13 luglio 1957 in cui si afferma «In deroga al principio stabilito dal secondo comma dell'art. 25 della Costituzione, circa la riserva della disciplina della materia penale alle leggi statali, l'articolo 3 dello Statuto siciliano, nell'attribuire alla Regione il potere di emanare la legge per l'elezione dei Deputati all'Assemblea regionale "in base ai principi fissati dalla Costituente in materia di elezioni politiche", implicitamente prevede una competenza legislativa regionale, in via del tutto eccezionale, estesa alle norme di carattere penale dirette a garantire il regolare svolgimento delle operazioni elettorali. Pertanto e' infondata la questione della legittimità costituzionale dell'art. 67 della legge regionale siciliana 20 marzo 1951, n. 29, per le elezioni dei Deputati all'Assemblea



In tale sede, merita particolare menzione, considerata la ricchezza delle motivazioni a supporto, la sentenza n. 487/1989, nella quale è stata sottolineata l'impossibilità dei Consigli regionali di intervenire in materia penale a causa di una mancata visione generale dei bisogni dell'intera società, condizione necessaria in tale ambito, al fine di tutelare i relativi interessi in maniera egualitaria<sup>149</sup>.

Ancorché, tuttavia, i molteplici motivi posti alla base della tesi esaminata, non sono mancata voci critiche al riguardo<sup>150</sup>.

In particolare, è stato sostenuto che il principio di eguaglianza impone, talvolta, discipline differenti a seconda delle situazioni in rilievo e, quindi, potrebbe giustificare normative penali regionali differenti tra le diverse realtà territoriali<sup>151</sup>.

È stato detto, inoltre, che l'unità della Repubblica di cui all'art. 5 non sarebbe in contrasto con intervento normativo penale delle Regioni, considerato che nello stesso articolo è affermato che «La Repubblica [...] riconosce e promuove le autonomie locali [...]»<sup>152</sup>.

In aggiunta, è stato affermato che la legge regionale fa parte delle fonti primarie dell'ordinamento, al pari della legge formale ordinaria, ragion per cui il suo intervento in materia penale non si porrebbe in contrasto con l'art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione<sup>153</sup>.

Con riguardo alla mancata rappresentanza dei cittadini non residenti nella Regione, infine, si è sostenuto che anche la legge penale dello Stato è suscettibile

---

regionale, il quale stabilisce che per le violazioni delle norme di questa legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni penali delle leggi per l'elezione della Camera dei Deputati».

<sup>149</sup> Corte cost., sent. n. 487, 23-25 ottobre 1989, in *Gazz. Uff.*, n. 44, 2 novembre 1989, nella quale si legge che «La riserva di legge penale *ex* art. 25, comma secondo, Cost., non è soltanto un limite negativo di fronte a possibili arbitri di altri poteri statali, ma - nel suo positivo significato, conformato ai criteri ed ai fini costituzionalmente precisati (art. 27, comma terzo, Cost.) - costituisce il mezzo per giuste e limitate scelte criminalizzatrici, vincolate ad assicurare le condizioni minime del vivere democratico senza sacrificare la libertà oltre quel tanto strettamente necessario a garantirla; essa pertanto razionalmente suppone quella visione generale dei beni e valori dell'intera collettività che possiede soltanto il legislatore statale. Ad esso deve perciò riconoscersi il monopolio delle vicende costitutive della punibilità [...]». Per un commento E. MUSCO, *Sistema penale e legge regionale*, in *Giur. cost.*, 3, 1990, p. 838 ss.

<sup>150</sup> Per una disamina delle varie tesi Cfr. R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 103 e bibliografia ivi citata.

<sup>151</sup> *Ibidem*.

<sup>152</sup> *Ibidem*.

<sup>153</sup> M. TRAPANI, *op. cit.*, p. 10.

di applicazione ai non residenti nel territorio della Repubblica ai sensi dell'art. 6, comma 1, del codice penale, in cui è sancito che «Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana»<sup>154</sup>.

Invero, le critiche al riguardo non sembrano da sottovalutare. È vero, infatti, che la legge regionale penale potrebbe addirittura in alcuni settori di competenza della Regione porre in rilievo le differenze tra le singole realtà locali e rappresentare meglio i cittadini di quel determinato territorio.

Occorre osservare, tuttavia, che già sotto la vigenza del precedente Titolo V, Parte II, della Costituzione, il fatto che alla Regione non fosse attribuita alcuna competenza in materia penale, risultava uno ostacolo non superabile al fine di affermare potestà legislativa penale in tale settore dell'ordinamento.

La situazione non pare essere mutata con la riforma del 2001.

Anche dopo la predetta riforma, infatti, numerosi sono state le motivazioni contro un intervento normativo penale delle Regioni.

Sono state sostenute, in particolare, le motivazioni già dedotte prima del 2001 e relative al contrasto della potestà legislativa penale regionale con gli artt. 3, 5 e 25 e 120 della Costituzione.

Ciò che occorre approfondire maggiormente dopo la riforma del 2001 sono gli argomenti sostenuti in relazione al nuovo riparto di competenze Stato-Regioni di cui all'art. 117 Cost.

Nel novellato art. 117, comma 2, lett. 1), Cost., infatti, è espressamente attribuita la potestà legislativa esclusiva statale la materia della «giurisdizione e norme processuali, ordinamento civile e penale e giustizia amministrativa»

Sembra, quindi, che il legislatore nel 2001 abbia espressamente consacrato in una disposizione costituzionale l'orientamento che già escludeva l'intervento delle Regioni in ambito penale<sup>155</sup>.

Così si è espressa anche la Corte costituzionale nel 2004, nella quale è stato affermato che «È costituzionalmente illegittima la legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 17 luglio 2002, n. 17, che disciplina l'istituzione di case da gioco nel territorio regionale, in quanto le Regioni non dispongono di alcuna competenza che le abiliti ad introdurre, rimuovere o variare con proprie leggi le pene previste

---

<sup>154</sup> In tal senso R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 103.

<sup>155</sup> Sul punto A.L. MACCARI, *La riserva di legge statale in materia di "ordinamento penale*, in L. AMMANTI, T. GROPPI (a cura di), *La potestà legislativa tra Stato e Regioni*, Milano, 2003, p. 73; V. MANES, *op. cit.*, p. 23.

dalle leggi dello Stato, cui spetta la competenza esclusiva in materia di “ordinamento penale”»<sup>156</sup>.

In dottrina, però, non è mancato chi ha evidenziato che attribuendo l'intera materia penale al legislatore statale, si rischierebbe di invadere le numerose competenze, concorrenti e generali residuali, che la riforma del 2001 ha attribuito alle Regioni e, dunque, di tradire lo stesso spirito della riforma che va verso un più ampio riconoscimento delle autonomie territoriali<sup>157</sup>.

È stata proposta, di conseguenza, una interpretazione restrittiva della formulazione «ordinamento penale» di cui all'art. 117, comma, sostenendo che in tale inciso probabilmente «il legislatore abbia voluto demandare allo Stato le scelte generali in campo penale, per ciò che attiene alla sistematica dei reati e delle pene» e non abbia voluto, invece, attribuire allo Stato l'intera materia penale<sup>158</sup>.

In tale modo, quindi, alle Regioni sarebbe permesso di compiere scelte in materia penale, almeno con riferimento alle materie di propria competenza.

Invero, la materia penale è da considerarsi una materia trasversale che va ad incidere su diversi settori di competenza statale e regionale.

L'intervento in materia statale, pertanto, se esercitato soltanto per gli aspetti strettamente penalistici non dovrebbe incidere sulle materie attribuite alle Regioni per gli altri aspetti di loro competenza.

Qualora, tra l'altro, lo Stato, in sede di adozione della disciplina penale, dovesse abusare del proprio potere, invadendo l'ambito di competenza riservato alle Regioni, sarà possibile per quest'ultima promuovere, *ex art. 127, comma 2,*

---

<sup>156</sup> In tal senso Corte cost., sent. n. 185, 21-24 giugno 2004, in *Gazz. Uff.*, n. 25, 30 giugno 2004. Per un commento sulla sentenza si veda F. GIUFFRÈ, *Vecchi privilegi e nuovi moniti nella questione delle case da gioco “autorizzate”* (Nota a Corte cost. 24 giugno 2004, n. 185, in *Forum di Quad. cost.*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2004; Di recente, in tema di potestà legislative esclusiva dello Stato in materia penale si veda Corte cost., sent. n. 68, 23 gennaio-5 aprile 2018 in *Gazz. Uff.*, n. 15, 11 aprile 2018.

<sup>157</sup> In tal senso M. D'AMICO, *Riforma del Titolo V della Costituzione: legislazione esclusiva statale e ordinamento penale*, in [www.statutiregionali.it](http://www.statutiregionali.it), 2001; M. D'AMICO, *Regioni, diritto penale, e riforma del titolo V della Costituzione*, in *Le trasformazioni dello Stato regionale italiano*, Milano, 2002, p. 93; M. D'AMICO, G. ARCONZO, *op. cit.*, p. 530.

<sup>158</sup> Così M. D'AMICO, *Riforma del Titolo V della Costituzione: legislazione esclusiva statale e ordinamento penale*, in [www.statutiregionali.it](http://www.statutiregionali.it).

Cost. la questione di legittimità costituzionale della legge statale dinanzi alla Corte costituzionale<sup>159</sup>.

Anche la Regione, inoltre, potrebbe invadere la sfera di competenza penale riservata allo Stato nel momento in cui intervenga nel disciplinare le proprie materie

Pare da escludere, di conseguenza, un intervento diretto penale da parte delle Regioni.

L'unica eccezione sul punto, infatti, risulta essere quella di cui all'art. 23 dello *Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige*, che, essendo approvato con legge costituzionale, è in grado di derogare alle disposizioni costituzionali<sup>160</sup>. All'art. 23, infatti, è previsto «La Regione e le Province utilizzano - a presidio delle norme contenute nelle rispettive leggi - le sanzioni penali che le leggi dello Stato stabiliscono per le stesse fattispecie».

Parte della dottrina, però, sul punto ha evidenziato che potrebbe ammettersi un intervento diretto, ma eteroguidato, delle Regioni, allorché lo Stato decida di autorizzare l'ente territoriale ad intervenire per alcuni aspetti<sup>161</sup>.

La tesi è da condividere, considerato che in questo caso è lo Stato stesso a decidere come meglio esercitare la propria competenza in ambito penale.

Anche dopo la riforma del 2001, inoltre, è da riconoscere un intervento indiretto e mediato nel diritto penale nelle materie di competenza concorrente e residuale delle Regioni. Le Regioni, infatti, disciplinando una determinata materia, potrebbero incidere sui presupposti per l'applicazione del reato.

---

<sup>159</sup> Per un commento all'art. 127 Cost., così come sostituito con la riforma costituzionale n. 3/2001, si veda C. PADULA, *Art. 127*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 1130 ss.; E. MALFATTI, *Commento all'art. 127 Cost.*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

<sup>160</sup> D.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, in *Gazz. Uff.* Serie Generale, n. 301, 20 novembre 1972, emanato *ex art.* 66, l. cost., 10 novembre 1971, n. 1, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 3, 5 gennaio 1972. Per ulteriori approfondimenti sullo Statuto si veda, per tutti, M. CARLI, *op. cit.*, p. 259 ss.

<sup>161</sup> R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 104 e bibliografia ivi citata. Si veda pure C. RUGA RIVA, *Diritto penale, regioni e territorio*, Milano, 2004, p. 133 ss.

Si pensi, ad esempio, alla facoltà del legislatore statale di punire penalmente il bracconaggio, ma spetta, però, alle Regioni decide le modalità e i tempi di esercizio della caccia<sup>162</sup>.

A tal proposito, sui confini tra la potestà normativa penale dello Stato e quella relativa alle materie di competenza delle Regioni, rileva la sentenza della Corte costituzionale n. 387/2008, nella quale è stato affermato che «È costituzionalmente illegittimo l'art. 22 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 12 ottobre 2007, n. 10. Tale disposizione - la quale prevede una serie di sanzioni penali, per illeciti relativi ad attività venatorie, non mediante un mero rinvio alla legge statale, ma con una specifica ed autonoma determinazione delle fattispecie [...] non dà luogo ad una semplice utilizzazione di sanzioni penali stabilite da leggi dello Stato per fattispecie coincidenti [...] ma ad un vero e proprio esercizio della potestà legislativa in materia penale, in violazione della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordinamento penale prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost.»<sup>163</sup>.

Ciò posto, occorre osservare, tuttavia, che l'aumento delle competenze riconosciute alle Regioni con la riforma del 2001, addirittura in via generale e residuale, e la potestà normativa penale mediata e indiretta che può essere attribuita all'ente territoriale, comporta, inevitabilmente, una erosione importante della riserva di legge penale rispetto al passato.

In altri termini, la spinta federalista della riforma del 2001 va a porre in "crisi" la riserva di legge in materia penale di cui all'art. 25, commi 2 e 3, Cost., poiché, pur escludendo la competenza diretta delle Regioni, aumenta l'ambito di intervento indiretto a causa dell'aumento delle materie di competenza regionale.

Detto ciò, occorre, infine, soffermarsi sulla possibilità per le Regioni di emanare norme scriminanti, cause di esclusione della colpevolezza e cause di non punibilità in senso stretto nelle materie di loro competenza<sup>164</sup>.

Orbene, per quanto riguarda le scriminanti di reato, dalla dottrina dominante, come si è visto in precedenza, sono considerate delle norme extra-penali e, quindi, non risultano sottoposte al principio di riserva di legge in materia penale<sup>165</sup>. Si tratta, secondo tale orientamento, di norme, infatti, che prevedono in

---

<sup>162</sup> L'esempio è riportato in Ivi, p. 105.

<sup>163</sup> Corte cost., sent. n. 387, 19-25 novembre 2008, in *Gazz. Uff.*, n. 50, 3 dicembre 2008.

<sup>164</sup> Sulla differenza si rimanda *infra*, § 1.

<sup>165</sup> Cfr. *infra*, § 1.

via generale la liceità di un comportamento, escludendone l'antigiuridicità, ragion per cui non può risultare punibile da un'altra norma del medesimo ordinamento.

In aggiunta, si è detto che, considerata la *ratio* garantista della riserva di legge in materia penale e considerando che le scriminanti risultano essere norme di favore verso il reo, non risultano sottoposte ai corollari della legalità e possono, in aggiunta, essere previste da altre norme dell'ordinamento diverse dalla legge di cui all'art. 25 della Costituzione<sup>166</sup>.

Se accolto il suddetto orientamento, risulta possibile affermare che le norme regionali possono emanare norme scriminanti nelle materie di propria competenza, che incidendo direttamente nel rispettivo ambito di applicazione, vanno ad influenzare il diritto penale, con la capacità di escludere l'antigiuridicità di un fatto-reato.

Il problema si pone, dunque, soltanto quando la Regione preveda la liceità di un comportamento in una materia non appartenente alla propria competenza.

La norma scriminante, infatti, non è espressione della materia «ordinamento penale» riservata allo Stato, ma delle materie in elenco di cui all'art. 117, commi 3 e 4, Cost., ossia quelle di competenza concorrente e residuale delle Regioni.

La tesi pare da accogliere.

Nonostante, infatti, qui si è in precedenza criticato l'orientamento che in tema di scriminanti ammette la possibilità che queste siano previste da fonti avente un rango inferiore a quelle penali, occorre osservare che la legge regionale è una fonte primaria dell'ordinamento, capace di derogare a fonti di pari rango.

Il problema vi sarebbe se le scriminanti di reato fossero direttamente norme penali, ma a tal proposito è stato qui evidenziato, nel corso della trattazione, che queste sembrano da ritenersi norme extra-penali, espressione di rami diversi dell'ordinamento.

Differente appare il discorso per le cause di esclusione della colpevolezza e per le cause di non punibilità in senso stretto, perché sono da ritenersi come norme penali.

Tali cause, quindi, sono diretta espressione della materia ordinamento penale riservata in via esclusiva allo Stato e non è ammesso alcun margine di intervento da parte della Regione.

---

<sup>166</sup> Ibidem.

Esaminato ed escluso l'intervento normativo in materia penale, alle Regioni rimane, tuttavia, la possibilità di punire un fatto attraverso l'illecito amministrativo.

A tal proposito, al fine di evitare interferenze tra norme penali statali e illeciti amministrativi, è stato disposto all'art. 9, comma 2, della l. 24 novembre 1981, n. 689, che «[...] quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione regionale o delle province autonome di Trento e di Bolzano che preveda una sanzione amministrativa, si applica in ogni caso la disposizione penale, salvo che quest'ultima sia applicabile solo in mancanza di altre disposizioni penali»<sup>167</sup>.

La norma, nella parte in cui esclude l'applicazione della norma penale qualora questa sia applicabile sono in mancanza di altre disposizioni penali, ha dato luogo a sospetti di incostituzionalità.

La disposizione, infatti, legittimerebbe l'applicazione di una norma amministrativa regionale, comunque afflittiva, in un ambito territoriale circoscritto, in luogo di una norma penale che continuerebbe ad avere effetto nel rimanente territorio della Repubblica.

Al fine di superare tali dubbi, parte della dottrina, ha interpretato la norma in modo diverso, dicendo il legislatore, in realtà, voleva riferirsi al cumulo delle sanzioni<sup>168</sup>.

Invero, l'interpretazione letterale della disposizione non lascia spazio a dubbi. Si applica in via generale la norma penale al posto di quella amministrativa regionale, salvo che la disposizione penale sia applicabile solo in mancanza di altre della medesima natura.

Così stando le cose, a noi pare che la disposizione appaia incostituzionale, alla luce del monopolio del legislatore statale in materia penale e della impossibilità per il legislatore regionale di derogarvi direttamente.

La disposizione, tra l'altro, prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa che, talvolta, potrebbe risultare molto più afflittiva di quella penale,

---

<sup>167</sup> L. 24 novembre 1981, n. 689, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 329, 30 novembre 1981. La legge detta una disciplina generale in tema di depenalizzazione. In tema si veda P. PITTARO, voce *Depenalizzazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, X, Roma, 2007.

<sup>168</sup> Cfr. C. PIERGALLINI, *Il concorso di norme penali e norme sanzionatorie amministrative al banco di prova della Corte costituzionale: chiaroscuri di una decisione importante*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, p. 804 ss.; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 113 ss.

considerato che le pene di diritto penale non sono soltanto di natura detentiva, ma anche di natura interdittiva e pecuniarie.

Si pensi, ad esempio, alla sanzione amministrativa pecuniaria molto più elevata rispetto alla norma penale che prevede la sola pena pecuniaria di entità minore.

Ciò sembra andare a detrimento dell'autore del fatto, il quale potrebbe essere punito con una sanzione amministrativa più afflittiva di quella penale, senza che, al contempo, gli vengano applicate le garanzie di cui all'art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione.

In aggiunta, di recente, si è posto un altro problema in tema di illeciti amministrativi, che sembra avere dei riflessi in ordine rapporti tra legalità penale e sanzioni amministrative regionali.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che alcune sanzioni formalmente amministrative sono da intendersi come sostanzialmente penali. Sulla base di tale giurisprudenza, la Corte costituzionale, ha così previsto in alcune pronunce l'applicazione dello "statuto della legalità penale" anche alle sanzioni amministrative<sup>169</sup>.

Il problema sarà trattato diffusamente in seguito e, pertanto, a tale sede si rinvia.

Appare chiaro, tuttavia, che per le sanzioni amministrative sostanzialmente penali - per le quali dovrebbe essere prevista l'applicazione delle garanzie della legalità penale - non appare più possibile che la fonte di origine sia di provenienza regionale, considerato il monopolio statale in materia penale.

Alla luce di quanto detto, di conseguenza, l'arma dell'illecito amministrativo regionale va a restringersi a favore del potere dello Stato di emanare quelle sanzioni formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali.

---

<sup>169</sup> Da ultimo, si veda Corte cost., sent. n. 68, 28 gennaio-16 aprile 2021, in *Gazz. Uff.*, n. 16, 21 aprile 2021 nella quale vi è una chiara ricostruzione dell'evoluzione della questione dalle pronunce della Corte EDU a quelle emesse sul punto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Per ulteriori approfondimenti si rinvia al prosieguo della trattazione.



### **3.5. I regolamenti governativi e il rinvio agli atti amministrativi individuali e concreti. Cenni alle norme penali in bianco**

Il principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25, commi 2 e 3, Cost. imporrebbe, come abbiamo visto, che a disciplinare il diritto penale fossero soltanto le fonti normative primarie.

Nella prassi, tuttavia, talvolta il precetto penale risulta integrato da atti dell'Esecutivo generali o astratti, come i regolamenti governativi, oppure la fonte primaria prevede una sanzione per la violazione di un provvedimento individuale e concreto<sup>170</sup>.

A tal proposito, occorre osservare che la questione rientra nel più ampio dibattito delle c.d. norme penali in bianco.

Le norme penali in bianco, infatti, sono ricondotte a tre distinte situazioni: l'integrazione del precetto penale sancito in una fonte primaria con il rinvio per il suo completamento ad un'altra fonte dello stesso rango; l'integrazione del precetto penale di fonte primaria con il rinvio ad una fonte generale e astratta, ma di rango subordinata (ad es. un regolamento governativo); e, infine, l'integrazione del precetto di fonte primario con il rinvio ad un atto amministrativo individuale e concreto.

La prima delle tre situazioni non comporta alcun problema di compatibilità con il principio di legalità penale, considerata la natura primaria di entrambe le fonti che disciplinano la fattispecie penale.

Per la seconda e la terza, invece, occorre verificare la loro compatibilità con tale principio e, in particolare, con la riserva di legge di natura, secondo la tesi maggioritaria e preferibile, assoluta o tendenzialmente assoluta, nonché con il principio di tassatività.

Prima di procedere, però, è opportuno evidenziare che il problema si pone soltanto in relazione al rinvio ad atti amministrativi generali e astratti oppure individuali e concreti che siano stati emessi successivamente alla fonte primaria che ha operato il rinvio.

---

<sup>170</sup> In tema vi è stato pure chi ha evidenziato «nella prassi italiana tale interazione (tra fonti primarie e secondarie *n.d.a.*) ha raggiunto proporzioni talmente significative, sia quantitativamente, che qualitativamente, da indurre la dottrina a rilevare nei fatti una progressiva *relativizzazione* della riserva di legge in materia penale». Il passo a cui ci si riferisce è di C. GRANDI, *op. cit.*, p. 28. In tema si veda pure E. CACACE, *Riserva di legge e fattispecie penale: relazioni tra fonti primarie e secondarie*, in *Giur. cost.*, VI, 2011, p. 4825 ss.; G. AMATO, *Sufficienza e completezza della legge penale*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 497 ss.

Nessun problema di compatibilità con il principio di legalità penale suscita l'ipotesi opposta, ossia quando la fonte primaria opera il rinvio ad atti amministrativi già emessi quando la norma di primo grado viene adottata, poiché tale situazione rientra nelle c.d. tecniche di economie legislative e si tratta di un mero rinvio fisso ad un atto amministrativo già emanato<sup>171</sup>.

Al più, nella predetta situazione, potrà verificarsi un problema di compatibilità soltanto con il principio di tassatività della legge penale, se la fonte subordinata a cui si rinvia non risulta sufficientemente tipica e determinata, ma giammai con il principio della riserva di legge.

È lo stesso legislatore, infatti, ad operare un immutabile rinvio fisso, aderendo al contenuto della fonte subordinata.

Ciò posto, al fine di procedere alla verifica della compatibilità del rinvio mobile operato nella prassi dalla norma di rango primario agli atti amministrativi successivi, occorre distinguere e trattare separatamente il rinvio agli atti generali ed astratti e quello agli atti amministrativi individuali e concreti.

Orbene, per quanto riguarda il primo caso, si fa essenzialmente riferimento alla possibilità che un regolamento governativo possa disporre in materia penale<sup>172</sup>.

I fautori della natura relativa della riserva di legge in materia penale, che come si è visto è stata sostenuta dalla dottrina più risalente, non hanno avanzato alcun dubbio sulla loro ammissibilità in materia penale.

Il regolamento, infatti, permette un maggiore tecnicismo nel legiferare e la possibilità di avere uno strumento più agevole da adoperare al fine di adeguare la normativa penale alle esigenze del momento.

Tra i sostenitori della predetta tesi, vi è chi ha ammesso un intervento ampio del regolamento e, in particolare, è stato affermato che delineata dalla fonte in

---

<sup>171</sup> Cfr. M. TRAPANI, *op. cit.*, p. 8; F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 256 ss. Si veda anche R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 65.

<sup>172</sup> Per ulteriori approfondimenti sui regolamenti governativi cfr. M. CAVINO, *op. cit.*, p. 333 ss.; S. M. CICONETTI, *op. cit.*, p. 369 ss.; G. GRECO, *I regolamenti amministrativi*, Torino, 2012; L. CARLASSARE, P. VERONESI, voce *Regolamento (dir. cost. – aggiornamento)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 2001, p. 951 ss.; A. MEALE, *I regolamenti governativi tra principi ed effettività*, Bari, 2000; F. CERRONE, *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti. La tipologia dei regolamenti governativi nella L. n. 400 del 1988*, Torino, 1991; G. MARCHIANÒ, *I regolamenti governativi*, Padova, 1988.

modo generico la fattispecie di reato e la sanzione, sarà possibile per il regolamento procedere alla relativa specificazione<sup>173</sup>.

Altri, invece, pur essendo favorevoli all'ammissibilità del regolamento in materia penale, hanno ritenuto necessario una sufficiente determinatezza della descrizione della fattispecie ad opera della fonte primaria<sup>174</sup>.

Vi è stato, infine, chi ha posto in luce le similitudini strutturali tra il decreto legislativo di cui all'art. 76 Cost. e il regolamento governativo: entrambi adottati dall'Esecutivo sulla base di principi e criteri direttivi fissati dalla legge<sup>175</sup>. Quest'ultimo orientamento, però, non tiene conto della circostanza che il decreto legislativo di cui all'art. 76 della Costituzione è sottoposto a controlli più stringenti rispetto ad un regolamento governativo. Il decreto legislativo, ad esempio, a differenza del regolamento, può essere sottoposto al sindacato di legittimità costituzionale e al referendum abrogativo.

In ogni caso, tali tesi, tuttavia, basate sulla concezione relativa della riserva di legge in materia penale, non sembrano poter essere accolte.

La *ratio* garantista della riserva di legge penale, infatti, così come si è visto in modo diffuso in precedenza, induce a respingere la natura relativa della stessa<sup>176</sup>.

Si è visto, pure, come sia da respingere la tesi che, pur accogliendo la natura assoluta della riserva di legge in materia penale, finisca per "eluderla", ammettendo la fonte regolamentare come presupposto di fatto e non di diritto della legge penale<sup>177</sup>.

Invero, come si è detto, anche le tesi che intendono la riserva di legge penale rigidamente assoluta, ancorché sostenuta con ricchezza di argomentazioni, non paiono del tutto condivisibili, nella misura in cui non permettono al diritto penale di adeguarsi ad esigenze di natura pratica.

---

<sup>173</sup> Cfr. C. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 510 ss.;

<sup>174</sup> Cfr. G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie. (Aspetti problematici)*, Milano, 1962, p. 154 ss.

<sup>175</sup> Cfr. G. MARINI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 954 ss.

<sup>176</sup> Cfr. *infra*, § 2.

<sup>177</sup> La tesi è sostenuta da B. PETROCELLI, *Norma*, cit., p. 397. Per gli argomenti contrari a tale tesi Cfr. *infra*, § 2. In giurisprudenza si veda in merito Corte cost., sent. n. 36, 12-19 maggio 1964, in *Gazz. Uff.*, n. 126, 23 maggio 1964; Corte cost., sent. n. 96, 19-26 novembre 1964, in *Gazz. Uff.*, n. 295, 28 novembre 1964.

La tesi preferibile, quindi, è quella che accoglie la natura tendenzialmente assoluta della riserva di legge in materia penale<sup>178</sup>.

Se pur, dunque, non è da ammettersi una disciplina di dettaglio dettata da una fonte regolamentare, risulta permesso un intervento marginale e specifico di tale fonte<sup>179</sup>.

Su tale linea, tra l'altro, si è orientata la giurisprudenza dominante e più recente della Corte costituzionale, la quale ha permesso la specificazione tecnica di elementi già definiti dal precetto di fonte primaria.

I giudici della Consulta, ad esempio, hanno ammesso la possibilità che l'Esecutivo indicasse le sostanze ritenute di natura stupefacente con un decreto ministeriale<sup>180</sup> e, al contrario, hanno dichiarato l'incostituzionalità di una norma penale che rinviava alla fonte regolamentare l'individuazione dei soggetti attivi del reato<sup>181</sup>.

In particolare, nella sentenza inerente ai reati in materia di sostanze stupefacenti, i giudici hanno affermato che «Il principio di legalità in materia penale è soddisfatto sotto il profilo della riserva di legge allorché la legge determina con sufficiente specificazione il fatto cui è riferita la sanzione penale. Ciò si verifica nel rinvio operato dall'art. 78 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, in quanto i parametri indicati nella lett. c) del primo comma [...] rappresentano vincoli sufficienti a restringere la discrezionalità della P.A. nell'ambito di una valutazione strettamente tecnica e come tale da ritenersi idonea a concorrere, nel pieno rispetto del principio della riserva di legge in materia penale, alla precisazione del contenuto della norma incriminatrice»<sup>182</sup>.

In tale nota sentenza, pertanto, si è voluto delimitare l'ambito di intervento dell'Esecutivo in relazione a quanto strettamente necessario per soddisfare

---

<sup>178</sup> Sul punto per le ragioni a sostegno e contro la natura assoluta e tendenzialmente assoluta si rinvia a *infra*, § 2.

<sup>179</sup> Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, p. 319 ss.; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 24 ss. Si veda pure R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 64 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 2009, p. 57 ss.; M. TRAPANI, *op. cit.*, p. 7.

<sup>180</sup> Corte cost., sent. n. 333, 10-11 luglio 1991, in *Gazz. Uff.*, n. 29, 24 luglio 1991.

<sup>181</sup> Corte cost., sent. n. 282, 11-14 giugno 1990, in *Gazz. Uff.*, n. 25, 20 giugno 1990.

<sup>182</sup> In dottrina, sul punto si veda, fra gli altri, I. PELLIZZONE, *Riserva di legge ed efficacia nel tempo e nello spazio della norma penale: possibili spazi per "interazioni" tra legge penale e fonti secondarie?*, in *Giur. cost.*, 5, 2008, p. 4103 ss.

esigenze di natura pratica alle quali non era possibile fare fronte attraverso il ricorso ad una fonte primaria dell'ordinamento.

Potrebbe, dunque, sembrare che vi sia una erosione della riserva di legge penale, ma in realtà, a guardar bene, non è così!

Un intervento di tal genere, infatti, risulta ben conforme a quella *ratio* di garanzia che esprime l'art. 25, commi 2 e 3, Cost.

Permette, infatti, da un lato, allo Stato di avere un diritto penale efficace e in linea con i tempi e, dall'altro, al cittadino di conoscere in modo preciso requisiti specifici di reati previsti in settori altamente tecnici e che, in assenza di un intervento dell'Esecutivo, potrebbero essere oggetto di confusione nella applicazione pratica delle aule di giustizia.

Risulta necessario, tuttavia, che nella prassi la giurisprudenza sia rigorosa nel verificare il rispetto di quanto sopra detto da parte del governo e, se il caso, sollevare questione di legittimità costituzionale di quelle norme che permettono un intervento del Governo che vada ben oltre all'indicazione di elementi marginali della fattispecie.

Procedendo con l'esame della seconda tipologia di rinvio, ossia quella ad atti amministrativi individuali e concreti, occorre osservare che in merito si è formato un doppio orientamento: da un lato, vi è chi ha ritenuto che tale rinvio integri il precetto penale di fonte primario con le prescrizioni concrete del provvedimento amministrativo<sup>183</sup>; dall'altro, invece, vi è chi ha sostenuto che, sussistendo determinate condizioni, il provvedimento amministrativo individuale e concreto non integri il precetto penale primario, ma risulta essere una mera attuazione storica della fattispecie astratta<sup>184</sup>.

Esempio paradigmatico in tema è la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p., rubricato «Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità», ove è previsto che

---

<sup>183</sup> F. BRICOLA, *Art. 25, commi II e III*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 24-26. Rapporti civili*, Bologna, 1981, p. 242 ss.; G. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Lineamenti dogmatici e storico costituzionali dell'art. 650 del Codice penale*, Milano, 1970. Evidenziano delle perplessità in ordine alla compatibilità con i precetti costituzionali del rinvio agli atti amministrativi perché integrante la legge penale primaria anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 2009, p. 58.

<sup>184</sup> G. L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *www.sistemapenale.it*, 26 marzo 2020; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2019, p. 68; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 66.

«Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall’Autorità per ragioni di giustizia o sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l’arresto [...] o con l’ammenda [...]».

A tal proposito, è bene osservare che, accogliendo il primo orientamento, il rinvio ad atti amministrativi individuali e concreti ad opera della legge penale primaria, in virtù dell’art. 25, commi 2 e 3, Cost, risulterebbe essere incostituzionale.

L’atto amministrativo, infatti, integrerebbe il precetto e ciò non risulta permesso alla luce dalla natura della riserva di legge penale, nonché con il principio di tipicità.

Accogliendo, invece, il secondo orientamento, il rinvio al provvedimento individuale e concreto, non integrando il precetto, sarebbe compatibile con l’art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione.

Invero, entrambi gli orientamenti sembrano presentare dei profili di verità.

Al fine di verificare, infatti, se il rinvio ad un provvedimento amministrativo emesso dall’Autorità amministrativo integri o meno il precetto penale, occorre appurare se, nella fattispecie concreta in rilievo, questo risulti essere una mera attuazione storica della fattispecie penale già sufficientemente determinata dalla fonte primaria oppure vada a completarla.

Qualora, infatti, la legge penale primaria definisca con sufficiente specificazione le condizioni, l’autorità competenza, il campo di applicazione e i limiti di emissione del provvedimento amministrativo, questo risulterà essere una mera attuazione del contenuto già predeterminato dalla legge.

Nel caso in cui, invece, la legge non definisca la “classe” dei provvedimenti a cui si applicherà la sanzione penale e lasci ampi margini di discrezionalità all’autorità amministrativa, questo risulterà in contrasto con i dettami della legalità penale.

Lo stesso art. 650 c.p., tra l’altro, richiede che il provvedimento sia «legalmente dato dall’Autorità»<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> Invero, parte della dottrina, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., 2001, p. 114, pur accogliendo l’orientamento che ritiene legittimo il rinvio ad atti amministrativi dell’Autorità a patto che la legge determini con sufficiente specificazione la classe dei provvedimenti a cui si applica la sanzione penale, ha sottolineato che l’art. 650 c.p. risulta essere non esente da sospetti di incostituzionalità. Il riferimento, infatti, nella disposizione a ragioni «di giustizia o di sicurezza pubblica o di ordine pubblico» appaiono troppo generici e indeterminati. Tale dottrina, di

In tal senso si è pure orientata la giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha affermato «il principio di legalità della pena non può considerarsi soddisfatto quando non sia una legge (o un atto equiparato) dello Stato - non importa se proprio la medesima legge che prevede la sanzione penale o un'altra legge - a indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena»<sup>186</sup>.

Evidenziando, di conseguenza, che quando la fattispecie «è descritta tassativamente in tutti i suoi elementi costitutivi e si pone in essere col rifiuto cosciente e volontario di osservare un provvedimento dato nelle forme legali dall'autorità competente [...] Spetta al giudice indagare, volta per volta, se il provvedimento sia stato emesso nell'esercizio di un potere-dovere previsto dalla legge e se una legge dello Stato determini “con sufficiente specificazione” le condizioni e l'ambito di applicazione del provvedimento»<sup>187</sup>.

A tali condizioni, quindi, si ritiene che nessuna erosione della riserva di legge in materia penale possa ravvisarsi, considerato che i presupposti specifici di emanazione del provvedimento amministrativo risultano essere determinati dal legislatore.

Anche in tale caso, tuttavia, si impone una interpretazione rigorosa da parte della giurisprudenza nei singoli casi concreti che sarà chiamata a decidere, affinché

---

conseguenza, ritiene che la norma pare essere conforme ai dettami costituzionali solo con riferimento alla materia dell'igiene, in quanto presenta avere un campo di applicazione più ristretto. Sul punto si veda pure R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 67. Per tali ragioni, pertanto, la giurisprudenza ha accolto una interpretazione restrittiva della fattispecie di cui all'art. 650 c.p., facendo leva sulla parte in cui si dispone l'applicazione della contravvenzione in via sussidiaria qualora «il fatto non costituisca un più grave reato» e interpretando estensivamente la norma al fine di ritenerla integrata solo qualora non vi sia un'altra sanzione per punire il fatto, anche di natura civile o amministrativa. In tali termini, *ex pluribus*, si veda Cass. pen., Sez. III, n. 10733, 12 febbraio-19 marzo 2021; Cass. pen, Sez. III, n. 25322, 15 febbraio-7 giugno 2019; Cass. pen, Sez. I, n. 44126, 19 aprile-18 ottobre 2016; Cass. pen, Sez. I, n. 4445, 13-30 gennaio 2015; Cass. pen, Sez. I, n. 9157, 8 febbraio-8 marzo 2012; Cass. pen., Sez. I, n. 43398, 25 ottobre-30 novembre 2005.

<sup>186</sup> Così Corte cost., sent. n. 26, 17-23 marzo 1966, in *Gazz. Uff.*, n. 76, 26 marzo 1966.

<sup>187</sup> Così Corte cost., sent. n. 168, 5-8 luglio 1971, in *Gazz. Uff.*, n. 177, 14 luglio 1971. In tal senso anche Corte cost., sent. n. 21, 14 febbraio-1° marzo 1973, in *Gazz. Uff.*, n. 62, 7 marzo 1973; Corte cost., ord. n. 11, 4-12 gennaio 1977, in *Gazz. Uff.*, n. 17, 19 gennaio 1977; Corte cost., sent. n. 295, 19-28 giugno 2002, in *Gazz. Uff.*, n. 26, 3 luglio 2002.

non vengano superati i limiti di “decisione” rimessi dal legislatore alla autorità amministrativa e garantire il pieno rispetto dei corollari della legalità penale<sup>188</sup>.

### 3.6. La consuetudine, l’equità e le linee guida nel settore sanitario

L’esame delle fonti del diritto penale impone delle osservazioni in relazione alla consuetudine, all’equità e alla recente questione delle linee guida adottate nel settore sanitario.

La consuetudine, come è noto, è quella fonte-fatto che nasce dalla tradizione e che «rappresenta il modo spontaneo, naturale, incosciente, informale» di formazione del diritto<sup>189</sup>.

Si forma con la ripetizione costante nel tempo di un determinato comportamento (c.d. *diuturnitas*) e con la convinzione psicologica che questo sia giuridicamente obbligatorio (*opinio iuris ac necessitatis*)<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> Si noti che in tema di controllo della “legalità” del provvedimento si è avuto un ampio dibattito in giurisprudenza in ordine al potere del giudice penale di disapplicare in via generale il provvedimento illegittimo dell’autorità amministrativa alla stregua di quanto permesso a qualsiasi giudice ordinario ai sensi dell’art. 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E), in *Gazz. Uff. del Regno d’Italia*, P. prima, n. 114, 12 maggio 1865. Orbene, un primo orientamento meno recente della giurisprudenza ha affermato un potere di disapplicazione generale del giudice penale; successivamente, invece, è prevalso un secondo orientamento che, disconoscendo un potere generale di disapplicazione del giudice penale, ha fatto leva sul criterio della tipicità formale e sostanziale, limitandosi a riscontrare nel caso concreto la presenza o meno di un provvedimento legittimo - senza procedere alla sua disapplicazione se illegittimo - soltanto quando ciò sia richiesto espressamente dalla disposizione penale o quando risulta necessario in base alla *ratio* della fattispecie criminosa, al fine di verificare l’integrazione del fatto-reato. Per una disamina approfondita della questione e per una panoramica della giurisprudenza in materia si veda, fra gli altri, G. COCCO, *Dalla disapplicazione dell’atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice. I Parte*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2021, p. 6 ss.; G. COCCO, *Dalla disapplicazione dell’atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice. II Parte*, in *Resp. civ. e prev.*, 2, 2021, p. 358 ss.

<sup>189</sup> Così N. BOBBIO, voce *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, p. 426.

<sup>190</sup> Cfr. S. M. CICONETTI, *op. cit.*, p. 407 ss.; R. SACCO, *Consuetudine (I agg.)*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 2010, p. 342 ss.; J. GILISSEN, *Consuetudine*, in *Dig. Disc. Priv.*, III, Torino, 1988, p. 490 ss. N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 426 ss.; M. S. GIANNINI, *Sulla consuetudine*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1947, p. 89 ss. Una trattazione a parte occorre riservare anche alle c.d. consuetudini costituzionali. In tema si rinvia, fra i contributi più recenti, a P. CARNEVALE, *L’inconsueta consuetudine. Riflessioni sull’uso della consuetudine costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 2021. Sul punto si veda anche C. ESPOSITO, voce *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, p. 456 ss.



Nel nostro ordinamento l'art. 1 delle disp. prel. al codice civile colloca le consuetudini alla base delle fonti del diritto e, ai sensi del successivo art. 8, «Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati»<sup>191</sup>.

Nell'ordinamento italiano, quindi, sono ammesse soltanto due tipologie di consuetudine: quella *praeter legem*, ossia che opera in materie non coperte da riserva di legge e ancora non disciplinate da leggi o regolamenti; quella *secundum legem*, ossia gli usi espressamente richiamati dalla legge o da regolamenti in materie per le quali non vige la riserva di legge assoluta<sup>192</sup>.

Non sono ammesse, invece, in virtù della gerarchia delle fonti del diritto, le consuetudini *contra legem*, vale a dire quelle in contrasto con disposizioni di rango superiore.<sup>193</sup>

Occorre osservare, inoltre, per completezza espositiva, che le consuetudini come fonte del diritto vanno distinte, oltre che dalle consuetudini sociali che non hanno valore giuridico, anche dai c.d. usi negoziali.

Gli usi negoziali, infatti, rappresentano quelle prassi contrattuali adoperate in un determinato ambiente giuridico-sociale e che, nonostante non siano norme giuridiche, si intendono inserite nei contratti stipulati in tale ambiente, salvo diversa volontà delle parti, così come sancito all'art. 1340 del codice civile<sup>194</sup>.

Ciò posto, nel diritto penale occorre verificare l'ammissibilità delle consuetudini, alla luce della riserva di legge sancita in tale materia.

La consuetudine, inoltre, essendo una fonte-fatto dai caratteri indefiniti comporta dei problemi anche in ordine al rispetto del principio di tipicità della legge penale.

Si pensi, in primo luogo, ad una *consuetudine incriminatrice*, ossia quella che, in assenza di una espressa disposizione di legge, consideri reato un determinato fatto.

Si sarebbe in presenza, quindi, di una consuetudine *praeter legem*.

---

<sup>191</sup> Ibidem

<sup>192</sup> Ibidem.

<sup>193</sup> Ibidem.

<sup>194</sup> Sul punto, fra gli altri, R. GIOVAGNOLI, *Il Contratto*, Torino, 2019, p. 355 ss.; G. PASETTI, *Contributo alla dottrina degli usi negoziali*, Padova, 1982; A. PAVONE LA ROSA, voce *Usi normativi e usi negoziali*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, p. 513 ss.

Orbene, alla luce della riserva di legge in materia penale. è da escludere l'ammissibilità di tale consuetudine, così come sottolineato in dottrina all'unanimità<sup>195</sup>.

Considerare reato un fatto disciplinato soltanto da una fonte-fatto, oltre ad essere in contrasto con il principio di tassatività, risulta violare la riserva di legge in materia penale.

Nei medesimi termini è, altresì, da escludere la *consuetudine abrogatrice* di una fattispecie criminosa prevista dalla legge. Tale consuetudine, infatti, rappresenterebbe una consuetudine *contra legem*, non ammessa in virtù della gerarchia delle fonti del diritto<sup>196</sup>.

Può capitare, infatti, che una norma rimanga inapplicata nella prassi, ma questa rimarrà in vigore fino alla sua espressa abrogazione<sup>197</sup>.

Maggiori problemi, invece, ha suscitato la *consuetudine integratrice* di una fattispecie di reato definita nei suoi elementi dalla legge. La consuetudine integratrice, infatti, sarebbe una consuetudine *secundum legem*.

A tal proposito, considerata la natura assoluta o tendenzialmente assoluta della riserva di legge in materia penale, pare da escludere anche tale tipo di consuetudine<sup>198</sup>.

La predetta conclusione ha valenza, innanzitutto, per quanto riguarda il rinvio a una consuetudine in via di formazione.

In tale caso, infatti, oltre a potersi ravvisare una violazione della riserva di legge, ciò sarebbe incompatibile anche con il principio di tassatività.

---

<sup>195</sup> Si vedano, fra gli altri, G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 2009, p. 61; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 140; G. MARINI, *op. cit.*, p. 506 ss.; M. TRAPANI, *op. cit.*, p. 9; G. MARINUCCI, voce *Consuetudine (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, p. 502 ss.; G. VASSALLI, «*Nullum crimen sine lege*», in *Giur. it.*, IV, 1939, p. 49 ss.

<sup>196</sup> Fra gli altri, G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 2009, p. 61; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 140; M. TRAPANI, *op. cit.*, p. 9; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I. artt. 1-84*, Milano, 1984, p. 38 ss. M. Sul punto R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 140 afferma «Dalla desuetudine (*consuetudine abrogatrice*) è però necessario distinguere l'abrogazione tacita che postula o l'incompatibilità delle nuove disposizioni con quelle precedenti ovvero l'intervenuta regolamentazione ad opera delle prime dell'intera materie già disciplinata dalle seconde».

<sup>197</sup> In tal senso G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 2009, p. 61.

<sup>198</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 2009, p. 61; R. GAROFOLI, *op. cit.*, pp. 140-141.

Si pensi, paradossalmente, ad una norma in cui il legislatore incrimini un determinato fatto, rinviando per la sua definizione più dettagliata genericamente agli usi consuetudinari, già formati o in via di formazione nella prassi.

La consuetudine, inoltre, pare da escludere anche nelle ipotesi in cui il legislatore si riferisca a consuetudini già formatesi nel momento in cui opera il rinvio<sup>199</sup>.

In tale caso, infatti, il legislatore, pur rispettando la riserva di legge - decidendo, per economia legislativa, di rimandare alla consuetudine - questa sarebbe, comunque, in contrasto con il principio di tipicità della legge penale.

Invero, parte della dottrina ammette l'intervento della consuetudine integratrice<sup>200</sup>, almeno con riferimento agli elementi marginali della fattispecie.<sup>201</sup>

L'orientamento *de quo*, tuttavia, non pare di poter essere accolto. Una fonte di rango inferiore alla legge, non scritta, dal contenuto vago e indeterminato, risulta essere, infatti, sempre in contrasto con quelle esigenze di garanzia, chiarezza e precisione richieste dal principio di legalità in materia penale.

Sul punto, tuttavia, è stato evidenziato che l'art. 40, comma 2, c.p., nella parte in cui dispone in tema di nesso di causalità che «Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo», includerebbe un rinvio anche agli obblighi giuridici previsti da una fonte consuetudinaria<sup>202</sup>.

Lo stesso accadrebbe in tema di colpa all'art. 43 c.p., laddove si afferma «è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica [...] per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline».

In realtà, come è stato sottolineato acutamente in dottrina, le due disposizioni, lungi dal volere estendere le norme dalle quali è possibile dedurre gli

---

<sup>199</sup> Come riporta, tuttavia A. SANTORO, *op. cit.*, p. 101 «L'ANTOLISEI ritiene valida la consuetudine (*non necessariamente integratrice n.d.a*) preesistente all'emanazione di una nuova legge, salvo che questi palesi una volontà innovativa; al contrario, si debbono ritenere inefficaci le consuetudini successivamente formate in senso contrario alla legge».

<sup>200</sup> Cfr. G. BETTIOL, *L'efficacia della consuetudine nel diritto penale*, Milano, 1931.

<sup>201</sup> In tali termini G. MARINUCCI, *op. cit.*, p. 507 e p. 511 ss.

<sup>202</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 1987, p. 390; S. RANIERI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1956, p. 37; G. MUSOTTO, *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, 1953, p. 35; F. ANTOLISEI, *L'obbligo giuridico di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, I, 1936, p. 138; G. BETTIOL, *op. cit.*, p. 218.

obblighi giuridici di cui all'art. 40 c.p. o la fonte della colpa di cui all'art. 43 c.p., hanno una *ratio* completamente opposta: quella di restringere il loro campo di applicazione ai soli obblighi giuridici definiti in modo preciso<sup>203</sup>.

Nessun richiamo esplicito alla consuetudine giuridica, tra l'altro, può ravvisarsi nella circostanza aggravante di cui all'art. 625, n. 7), c.p. qualora il fatto venga commesso su cose «esposte [...] per consuetudine [...] alla pubblica fede». Con il termine «consuetudine», infatti, così come chiarito dalla giurisprudenza, il legislatore ha voluto riferirsi agli usi sociali e alle abitudini di un determinato luogo e non alle consuetudini giuridiche<sup>204</sup>.

Nessuno spazio, dunque, pare potersi riconoscere alla consuetudine integratrice nel nostro ordinamento.

Ulteriore consuetudine da esaminare, è quella che introduce scriminanti del diritto penale: la c.d. *consuetudine scriminante*.

Sul punto, come abbiamo già visto, se pur alcuni ammettono la fonte consuetudinaria, secondo la tesi che si è ritenuta da preferire, in virtù della gerarchia delle fonti del diritto, non pare vi sia spazio per scriminanti di fonte subordinata alla legge, salvo per quelle espressamente richiamate dalla stessa<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> In tal senso G. MARINUCCI, *op. cit.*, p. 508, il quale avverte, però, che «Sarà bene però non equivocare: è vero che la dottrina fa sovente riferimento agli usi sociali, proprio per individuare le regole di condotta da cui far discendere il giudizio di colpa [...] ma è anche vero che ha cura di avvertire, in primo luogo, che non sempre riesce materialmente possibile il richiamo alla prassi: giacché possono senz'altro darsi attività, oggi in special modo, assolutamente nuove nella esperienza umana, nei cui confronti perciò gli usi sociali non si siano ancora pronunciati; in secondo luogo, che non di rado le cautele osservate nella pratica risultano del tutto inadatte, anche ad una considerazione solo un po' più accurata, a fronteggiare le esigenze prudenziali richieste dalla concretezza di svariate attività. Ma soprattutto: - e qui l'equivoco dovrebbe dissiparsi - si avverte chiaramente che gli usi sociali non rappresentano affatto un sistema di norme, che impone dall'esterno alle norme incriminatrici le sue regole, bensì, unicamente, un modo abbreviato per dire che colpose sogliono essere per lo più le condotte che giudizi comunemente accettati di «rappresentabilità» ed «evitabilità» indicano come suscettibili di sfociare in risultati antigiuridici. Sicché, come massimo, si potrebbe loro riconoscere il valore di indici o criteri empirici, alla cui stregua avviare il più delle volte quei giudizi: ma saranno questi ultimi i soli e veri criteri da cui dedurre la misura della diligenza dovuta caso per caso».

<sup>204</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. V, n. 8450, 17 gennaio-10 marzo 2006; Cass. pen., Sez. II, 3 aprile 1979, in *Giust. pen.*, II, 1980, p. 349. In dottrina, fra gli altri, L. DELPINO, R. PEZZANO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Napoli, 2017, p. 562; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I Delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2014, p. 88.

<sup>205</sup> Per maggiori approfondimenti sui diversi orientamenti sul punto si rimanda a *infra*, § 1. In tal senso pure G. MARINUCCI, *op. cit.*, p. 509 ss.

Si pensi, ad esempio, alla scriminante dell'esercizio del diritto o dell'adempimento di un dovere, che possono avere fonte in qualsiasi norma dell'ordinamento, così come sancito espressamente dall'art. 51 del codice penale.

Nonostante, infatti, in ragione del loro carattere di favore e di norme extra-penalì, non si applichino tutti i corollari della legalità penale, una eventuale scriminante consuetudinaria non espressamente richiamata dalla legge, sarebbe una consuetudine *contra legem* non ammessa<sup>206</sup>.

Non rientrano, invece, nell'oggetto della qui presente disamina le c.d. *consuetudini interpretative*, poiché non rappresentano delle fonti del diritto. Esse, infatti, sono quelle prassi interpretative volte a chiarire concetti elastici richiamati nelle norme penali - come, ad esempio, l'onore, il decoro - che assumono un significato mutevole nel tempo e influenzato dal contesto sociale di riferimento<sup>207</sup>.

Procedendo con l'esame dell'equità, intesa come il potere di fare giustizia nel caso concreto, questa è da ritenere non ammessa nel diritto penale<sup>208</sup>.

Il giudice penale, infatti, non potrà decidere la causa sulla base dei principi di equità nel caso concreto, nemmeno quando ne facciano espressa richiesta le parti.

A differenza che nel giudizio civile, dunque, in cui, sussistendo determinate condizioni richieste dal codice di procedura civile o nei casi espressamente previsti dal codice civile, è permesso il ricorso all'equità, nel giudizio penale, invece, ciò non risulta possibile<sup>209</sup>.

Spetta soltanto al legislatore, infatti, dettare le disposizioni di legge sulla base delle quali deve essere risolto il caso concreto.

Al giudice, al più, come meglio si vedrà di seguito, saranno concessi degli spazi di discrezionalità nell'ambito di rigidi limiti previsti dalla legge e nei casi da

---

<sup>206</sup> Ibidem.

<sup>207</sup> Per tutti G. MARINUCCI, *op. cit.*, p. 511 ss.; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 142; M. TRAPANI, *op. cit.*, p. 9.

<sup>208</sup> In tema Cfr. A. SANTORO, *op. cit.*, p. 102. Per maggiori approfondimenti sull'equità si rimanda a G. FINOCCHIARO, *Equità (giudizio di)*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 2007, p. 66 ss.; E. GRASSO, *Equità (giudizio di)*, in *Dig. Disc. Priv.*, IV, Torino, 1991, p. 473 ss.; F. CALASSO, voce *Equità*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, p. 65 ss.; G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1923, p. 256 ss.; L. RAGGI, *Contributo all'apprezzamento del concetto di equità*, in *Il Filangieri*, 1919, p. 31.

<sup>209</sup> Sul punto Cfr. Cap. 1, § 1.

essa espressamente sanciti, al fine di individualizzare l'applicazione della fattispecie astratta al caso concreto.

Ciò posto, non rimane, infine, che esaminare il ruolo delle linee guida adottate in ambito sanitario e la loro influenza nel diritto penale.

Orbene, le linee guida in questione sono delle “raccomandazioni” adottate da enti dotati di competenza tecnica, sulla base dei quali il giudice in tema di responsabilità del sanitario dovrà valutare la sua diligenza, prudenza e perizia nell'esercizio della professione.

Sono state prese in considerazione al tal fine, dapprima, con il d.l. 13 settembre 2002, n. 158 (c.d. decreto Balduzzi)<sup>210</sup> e, successivamente, con l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco)<sup>211</sup>.

In particolare, l'art. 5 della legge Gelli-Bianco prevede che «Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate [...] ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute»<sup>212</sup>.

Sempre con l. Gelli-Bianco è stato introdotto l'art. 590-*sexies* c.p. in cui è sancito che: «[1.] Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 [omicidio colposo e lesioni personali colpose *n.d.a.*] sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. [2.] Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto»<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> D. l. 13 settembre 2002, n. 158, conv. con mod. dalla l. 8 novembre 2002, n. 189, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 263, 10 novembre 2002.

<sup>211</sup> L. 8 marzo 2017, n. 24, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 64, 17 marzo 2017.

<sup>212</sup> Sulla natura delle linee guida nella precedente legge Balduzzi si veda G. GUERRA, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, in *Pol. san.*, 14, 3, 2013, p. 150 ss.

<sup>213</sup> In letteratura sulla responsabilità penale in ambito sanitario dopo la legge Gelli-Bianco e la legge Balduzzi si veda, fra gli altri, F. TAKANEN, *Responsabilità civile e penale medica: percorsi*

All'indomani di tali interventi normativi, improntati perlopiù a contrastare il c.d. fenomeno della medicina difensiva<sup>214</sup>, ci si è interrogati sulla rilevanza nel diritto penale delle suddette linee guida.

Ci si è chiesti, in particolare, se le linee guida avessero valore o meno di fonte del diritto e, in caso di risposta affermativa, quali fossero gli eventuali problemi di costituzionalità<sup>215</sup>.

A tal proposito, la dottrina ha evidenziato che il fenomeno della produzione normativa da parte di soggetti privati non è nuovo per il nostro ordinamento. Tale dottrina, infatti, ha affermato che diversi sono gli esempi sul punto: si pensi all'art. 39, comma 4, Cost. che abilita i sindacati, soggetti privati, a «stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce»; oppure, si pensi ai poteri normativi riconosciuti alle Autorità amministrative indipendenti, organi neutrali dotati di particolare competenza tecnica, purché vengano rispettate alcune garanzie di “democrazia procedurale” e giustificati dalla giurisprudenza, ex art. 97 Cost., sulla base dell'obiettivo da raggiungere nel settore di loro competenza<sup>216</sup>.

---

*logici di dottrina e giurisprudenza*, Padova, 2022; D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli, 2021; B. ROMANO, *La responsabilità penale dell' esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 16 novembre 2018; C. BRUSCO, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (Legge Gelli-Bianco)*, Milano, 2017; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017. Per una visione sul sistema precedente si rinvia a S. ALEO, A. CENTONZE, E. LANZA, *La responsabilità penale del medico*, Milano, 2007.

<sup>214</sup> Il fenomeno della c.d. medicina difensiva si riferisce a quella pratica di eccessivo zelo adoperata dai sanitari al fine di non incorrere in responsabilità. Su tale fenomeno cfr., fra gli altri, B. ROMANO, *op. cit.*, p. 2; A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi*, Milano, 2012; G. ROTOLO, “*Medicina difensiva*” e *giurisprudenza in campo penale: alcuni cenni a proposito di un rapporto controverso*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 1259; L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale criminogeno*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1085 ss.; R. BARTOLI, *I costi “economicopenalistici” della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1107 ss.

<sup>215</sup> Sul dibattito Cfr. G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2018, p. 1046 ss.

<sup>216</sup> Cfr. F. VECCHIO, *Profili di costituzionalità della nuova regolazione della responsabilità medica: dal rischio di una medicina difensiva a quello di una medicina corporativa?*, in *Osservatorio sulle fonti*, X, 3, 2017, p. 13.

Di per sé, dunque, le linee guida di produzione da parte di organismi tecnici privati non sarebbero incostituzionali, anche allorché venisse loro riconosciuto valore di fonti del diritto.

La medesima dottrina, tuttavia, ha condivisibilmente evidenziato che per i sindacati e per le autorità amministrative indipendenti è riconosciuto un momento “politico” nella produzione normativa, dovuto, rispettivamente, alla rappresentanza politica del sindacato o alla partecipazione dei titolari degli interessi coinvolti nel procedimento di adozione dell’atto normativo. Nel caso, invece, delle linee guida adottate dagli enti tecnici in ambito sanitario, manca tale momento politico, non essendo previsto un momento di partecipazione democratica di tutti i titolari degli interessi coinvolti<sup>217</sup>.

A ciò si aggiunga, tra l’altro, la mancata “indipendenza” di tali istituzioni ed enti.

Anche al fine di superare i suddetti problemi, di conseguenza, la giurisprudenza ha riconosciuto alle linee guida un valore meramente interpretativo e non di fonte del diritto.

Il legislatore, quindi, ha deciso, nell’ambito della sua discrezionalità politica, di attribuire alle linee guida valore di parametro di valutazione della colpa in tema di responsabilità penale del sanitario.

Sul punto, dunque, appare utile riportare quanto affermato recentemente in una sentenza dalla Corte di cassazione, in cui si legge: «in tema di responsabilità medica, le raccomandazioni contenute nelle linee guida definite e pubblicate ai sensi dell’art. 5, legge 8 marzo 2017, n. 24, benché non costituiscano veri e propri precetti cautelari vincolanti, tali da integrare, in caso di violazione rimproverabile, ipotesi di colpa specifica, rappresentano i parametri precostituiti a cui il giudice deve tendenzialmente attenersi nel valutare l’osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza e perizia»<sup>218</sup>.

In altri termini, quindi, lungi dal costituire fonti del diritto, sono da considerarsi dei parametri interpretativi di ausilio per il giudice, al fine della verifica della colpa penale del sanitario nell’esercizio della professione.

Ciò non esime, tuttavia, da alcune considerazioni critiche.

Sebbene, infatti, appare apprezzabile l’intento del legislatore di rivolgersi a enti tecnici al fine di meglio definire i comportamenti da tenere nell’esercizio della

---

<sup>217</sup> Ivi, p. 15 ss.

<sup>218</sup> Così Cass. pen., Sez. IV, n. 9447, 30 gennaio-5 marzo 2019.



professione sanitaria ed avere, di conseguenza, delle raccomandazioni e buone pratiche di valore e aggiornati, non si può non notare come, così facendo, si rischia – ancorché con parametri interpretativi – di influenzare l'applicazione della legge penale con regole non direttamente emanate da organi democraticamente eletti.

Organi, tra l'altro, come evidenziato sopra, che non sono sottoposti ad alcun vincolo di democrazia partecipativa e non rappresentano enti e istituzioni indipendenti e imparziali.

In tali casi, però, non si può non considerare che risulta difficile per il legislatore stare al passo con i progressi della medicina.

Anche a volere ammettere, dunque, dei criteri di valutazione della colpa medica fissati direttamente in via legislativa, queste risulterebbero ben presto anacronistici alla luce dei repentini cambiamenti della scienza.

L' esercente la professione sanitaria si troverebbe, di conseguenza, dinnanzi ad un vicolo cieco: curare il paziente con le tecniche mediche più recenti, con il pericolo che nei suoi confronti venga iniziato un procedimento penale; attenersi ai parametri fissati legislativamente, rinunciando a curare il paziente con le migliori tecniche mediche disponibili.

Alla luce di quanto detto, dunque, se pur vero che a livello giuridico la scelta del legislatore non appare perfettamente conforme alla riserva di legge in materia penale, provocandone una erosione, è altrettanto vero che esigenze di natura pratica rendono ragionevole tale scelta.

È una scelta, infatti, che tutela, da un lato, l' esercente la professione sanitaria e, dall' altro, il paziente; in caso contrario, infatti, entrambi sarebbero destinati ad essere sottoposti a regole non più corrispondenti ai progressi della scienza medica.

Sarebbe opportuno, tuttavia, rafforzare gli strumenti partecipativi degli interessati nel procedimento di adozione delle linee guida, al fine di contemperare, almeno in parte, le esigenze pratiche con quelle richieste dal nostro ordinamento costituzionale<sup>219</sup>.

---

<sup>219</sup> Sul punto, per maggiori approfondimenti, F. VECCHIO, *op. cit.*, p. 1 ss.

### 3.7. Le fonti (im)mediate del diritto penale: il diritto internazionale e il diritto straniero

Nel concludere la disamina delle fonti del diritto penale, non si può non tenere in considerazione l'influenza che esercita il diritto internazionale e il diritto straniero nel diritto interno.

Invero, le maggiori implicazioni di tale influenza provengono per lo più dal diritto proveniente dal sistema CEDU e dal diritto dell'Unione europea che, pertanto, come abbiamo già detto, saranno oggetto di apposita trattazione nei capitoli che seguiranno.

In tale sede, tuttavia, per completezza espositiva, appare opportuno fare un cenno al ruolo nel diritto penale che riveste il diritto internazionale generale e pattizio, nonché il diritto straniero<sup>220</sup>.

Orbene, per quanto riguarda il diritto internazionale generale – ossia i principi e le consuetudini – questo a nostro avviso pare essere una fonte “quasi” immediata del diritto penale, preso atto del disposto di cui all'art. 10, comma 1, Cost. nella parte in cui è sancito che «L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute»<sup>221</sup>.

Con tale disposizione, infatti, si è dato luogo a quello che è stato definito come un «trasformatore permanente»<sup>222</sup> dell'ordinamento giuridico italiano, in virtù del quale le norme di diritto internazionale generale, anche allorché queste subiscano delle modifiche dopo la loro origine, entrano a far parte del diritto nazionale in via automatica, senza che si necessiti di un apposito atto di recepimento interno emanato di volta in volta<sup>223</sup>.

---

<sup>220</sup> Per una visione di insieme delle fonti di diritto internazionale è sufficiente qui rinviare a M. CAVINO, *op. cit.*, pp. 389- 411; C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Torino, 2015, pp. 253-683.

<sup>221</sup> Per un commento all'art. 10 si veda P. BONETTI, *Articolo 10*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Bologna, 2021, p. 76 ss.; A. COSSIRI, *Art. 10*, in in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 80 ss.; E. CANNIZZARO, A. CALIGIURI, *Commento all'art. 10 Cost.*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 251 ss.; A. CASSESE, *Art. 10*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12. Rapporti civili*, Bologna, 1982, p. 510 ss.

<sup>222</sup> La definizione è da attribuire a PERASSI, così come ci riporta A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *op. cit.*, p. 228.

<sup>223</sup> Ivi, p. 226 ss.

Si pensi, ad esempio, alle norme di diritto internazionale generale che riconoscono l'immunità degli organi degli altri Stati allorché questi si rendano colpevoli di un reato nel territorio della Repubblica<sup>224</sup>. In tale caso, infatti, il giudice nel relativo processo dovrà fare diretta applicazione di tale norma e assolvere l'imputato perché immune dalla giurisdizione penale italiana.

In tema, però, è bene avvertire che l'applicazione del diritto internazionale consuetudinario non può ledere i principi fondamentali riconosciuti dalla Costituzione italiana (c.d. controlimiti).

Come chiarito, infatti, dalla giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte costituzionale, pronunciatisi proprio in tema di esenzione dalla giurisdizione degli organi degli Stati esteri perché immuni, il diritto nazionale deve comunque trovare applicazione allorquando la prevalenza del diritto internazionale generale comporti una violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento italiano.

La giurisprudenza, in particolare, a partire dal noto caso *Ferrini* del 2004, esprimendosi in tema di esenzione dalla giurisdizione civile – con considerazioni estensibili anche a quella penale – ha affermato la possibilità per l'Italia di riconoscere i risarcimenti dei danni derivanti dalla commissione dei crimini commessi dai nazisti durante la Seconda guerra mondiale, in quanto applicare l'immunità di diritto internazionale risulterebbe in contrasto con gli articoli 2 e 24 della Costituzione<sup>225</sup>.

---

<sup>224</sup> Per maggiori approfondimenti sulle immunità nel diritto internazionale Ivi, 379 ss.

<sup>225</sup> Per quanto riguarda la giurisprudenza ordinaria si vedano, *ex multis*, Cass. civ., Sez. Un., n. 5044, 6 novembre 2003-11 marzo 2004; Cass. civ., Sez. Un., ord. n. 1499-14211, 6 maggio -29 maggio 2008; Cass. pen, Sez. I., n. 1072, 21 ottobre 2008-13 marzo 2009; Cass. civ., Sez. Un., n. 20442, 7 luglio-8 settembre 2020. Per la giurisprudenza costituzionale si veda Corte cost., sent. n. 238, 22 ottobre 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 45, 29 ottobre 2014. In particolare, la Corte costituzionale è intervenuta dopo che CIG, sent. 3 febbraio 2012, *Germania c. Italia*, in applicazione delle norme sull'immunità di diritto internazionale, aveva affermato l'obbligo per l'Italia di dichiarare il difetto di giurisdizione in ogni stato e grado del procedimento anche nel caso di richieste risarcitorie avanzate per i danni derivanti dai crimini nazisti e a cui il legislatore nazionale si era conformato con l'art. 3, l. 14 gennaio 2013, n. 5, in *Gazz. Uff. Serie Generale*, n. 24, 29 gennaio 2013. In dottrina, per una ricostruzione del dibattito, si vedano per tutti M. I PAPA, *Il ruolo della Corte costituzionale nella ricognizione del diritto internazionale generale esistente e nella promozione del suo sviluppo progressivo. Osservazioni critiche a margine della sentenza n. 238/2014*, in *Riv. AIC*, 3, 2015; G. BERRINO, *Cala ancora una volta la scure delle Sezioni Unite sull'esenzione della Germania dalla giurisprudenza italiana per i crimini internazionali perpetrati dal regime nazista*, in *Sistema penale* 27 ottobre 2020.

Diversi argomenti, invece, valgono per il diritto internazionale pattizio, poiché in tale caso risulta necessaria la ratifica del Trattato stipulato da parte dello Stato, previa autorizzazione delle Camere nei casi previsti dall'art. 80 Cost.

Le modifiche che successivamente che saranno apportate al Trattato dovranno poi essere sottoposte al medesimo procedimento di recepimento. Se mancherà l'ordine di esecuzione e ratifica del Trattato modificato, questo non avrà alcuno effetto per l'ordinamento nazionale e, quindi, non influenzerà le decisioni giurisdizionali interne<sup>226</sup>.

L'eventuale Trattato, dunque, che imporrà, ad esempio, obblighi di penalizzazione nei confronti dello Stato che ha firmato il documento, avrà soltanto un valore di fonte mediata del diritto penale, preso atto che la fonte immediata sarà soltanto l'ordine di esecuzione e ratifica interno<sup>227</sup>.

Si pensi, ad esempio, all'introduzione dell'aggravante della transnazionalità nel nostro ordinamento, così come previsto nella Convenzione e nei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati il 15 novembre 2000 e il 31 maggio 2001 e ratificati in Italia con l. 16 marzo 2006, n. 146.<sup>228</sup>

Rimane da esaminare l'influenza del diritto straniero nel diritto penale interno.

Anche in tale caso si è in presenza di una fonte mediata, in quanto potrà operare solo se espressamente richiamato da una norma di diritto interno.

Si pensi, ad esempio, agli effetti che possono produrre nel diritto italiano le sentenze penali pronunciate sulla base del diritto straniero (art. 12 c.p.) o al necessario rispetto del principio di doppia incriminazione in Italia e nel Paese straniero interessato al fine di procedere alla richiesta di estradizione (art. 13, comma 2, c.p.)<sup>229</sup>.

---

<sup>226</sup> Ivi, p. 230 ss.

<sup>227</sup> In tema Cfr. A. SANTORO, *op. cit.*, p. 103 ss.

<sup>228</sup> L. 16 marzo 2006, n. 146, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 85, 11 aprile 2006. In merito, per maggiori approfondimenti, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Torino, 2019, p. 261 s

<sup>229</sup> Si veda sul punto A. SANTORO, *op. cit.*, p. 104. Per quando riguarda il principio di doppia incriminazione richiesto in tema di estradizione occorre osservare che, nonostante sia stato considerato per secoli un principio cardine in materia, tra i Paesi membri dell'Unione europea ha subito un ridimensionamento in tema di mandato d'arresto europeo (MAE). Il MAE, infatti, sostituisce le vecchie procedure estradizionali tra i Paesi dell'UE, rappresenta uno strumento più

Al di fuori, quindi, di un espresso richiamo da parte di una norma interna del diritto straniero, questo non potrà avere alcuno effetto per il diritto italiano.

---

agevole da utilizzare ed è basato sulla “fiducia reciproca” tra gli Stati membri. Sulla base di tale fiducia, pertanto, è stato superato per alcuni reati espressamente indicati il necessario rispetto della doppia incriminazione. In tema ci sia permesso rimandare a V. TELARO, *Mandato d’arresto europeo e rispetto dei diritti fondamentali*, Enna, 2015, p. 45 ss.

## CAPITOLO III

# IL CONTENUTO E L'APPLICAZIONE NEL TEMPO DELLA LEGGE PENALE. LE ECCEZIONI AL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

SOMMARIO: 1. Il contenuto della legge penale: tra il principio di tipicità... 2. ... e il divieto di analogia. 3. Il fondamento costituzionale della legge penale nel tempo: il principio di irretroattività e quello di retroattività favorevole e i loro rapporti con la “intangibilità” del giudicato. Una nuova visione di un principio secolare? 4. Le eccezioni alla legalità: i profili costituzionali della legislazione penale emergenziale.

### **1. Il contenuto della legge penale: tra il principio di tipicità...**

La legge penale, adottata in ossequioso rispetto della riserva di legge di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 25 Cost., risulterebbe nella sostanza elusiva delle garanzie sottese a tale principio qualora fosse permesso al legislatore di disciplinare una fattispecie criminosa in modo vago e indeterminato<sup>1</sup>.

Al rispetto della riserva di legge penale, pertanto, è necessario che si accompagni quello di altri principi, volte ad evitare nella applicazione, per quanto possibile, l'arbitrio dell'interprete e la non chiara conoscenza da parte dell'autore di un fatto degli elementi integranti un reato e delle relative conseguenze sanzionatorie.

È necessario, quindi, che la legge penale presenti dei caratteri tassativi e non sia applicata all'autore di un fatto analogicamente.

Il principio di tassatività, in particolare, richiede che la fattispecie criminosa sia delineata nei suoi esatti confini applicativi e che, dunque, sia formulata in modo chiaro e preciso<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> In tal senso G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, p. 76.

<sup>2</sup> Sul punto, fra gli altri, R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Molfetta, 2018, p. 153 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 76 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 59 ss.; F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale:*

Come si è visto in precedenza, rappresenta uno dei corollari della legalità penale che trova diretto fondamento costituzionale all'art. 25 Cost. e base normativa primaria all'art. 1 c.p.<sup>3</sup>.

Tale principio, inoltre, è da ritenersi implicitamente richiesto da altre disposizioni costituzionali. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 13 Cost., in cui si richiede che limitazioni della libertà personale possano avvenire «*nei soli casi e modi previsti dalla legge*», oltre che per atto motivato dell'Autorità giudiziaria; all'art. 24 Cost., in tema di diritto alla difesa, in quando risulterebbe difficile per il reo difendersi da una accusa penale contro un fatto-reato formulato in modo non tassativo; all'art. 27 Cost., in cui il principio di colpevolezza impone al legislatore che l'autore del fatto sia consapevole di tutti gli elementi integranti il reato, al fine di verificare la sussistenza dell'elemento soggettivo<sup>4</sup>.

Dal principio di tassatività va distinto, tuttavia, il principio della determinatezza della legge penale, il cui rispetto è da ritenersi contenuto implicitamente nel primo<sup>5</sup>.

Il principio di tassatività, infatti, attiene alla tecnica di formulazione espressa e precisa della norma; il principio di determinatezza, invece, attiene alla sua verificabilità empirica<sup>6</sup>.

---

*significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 59 ss.; G. VASSALLI, voce *Tipicità (dir. pen)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 535 ss.; F. CORDERO, voce *Legalità penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, p. 1 ss.

<sup>3</sup> Cfr. Cfr. Cap. 2, § 1. Sul punto, fra gli altri, Cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità, La discrezionalità nel diritto penale. Nozione ed aspetti costituzionali*, Vol. I, Milano, 1965, p. 208 ss. e p. 227 ss. Per un commento sugli artt. 13, 24, 27 Cost. si rimanda a C. MARTINELLI, *Articolo 13*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Bologna, 2021, p. 103 ss.; A. POLICE, *Commento all'art. 24 Cost.*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 502 ss.; M. D'AMICO, *Commento all'art. 27 Cost.*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 572 ss.

<sup>4</sup> Cfr. M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PARAVINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino, 2012, p. 226 ss.

<sup>5</sup> Cfr. M. D'AMICO, G. D'ARCONZO, *Commento all'art. 25 Cost.*, in CELOTTO A., BIFULCO R., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 543 ss.; nonché R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 153.

<sup>6</sup> A tal proposito Corte Cost., sent. n. 96, 9 aprile-8 giugno 1981, in *Gazz. Uff.*, n. 158, 10 giugno 1981 afferma «In riferimento all'art. 25 della Costituzione questa Corte ha più volte ripetuto che a base del principio invocato sta in primo luogo l'intento di evitare arbitri nell'applicazione di

Per meglio chiarire la differenza tra i due principi, appare utile qui ricordare la nota sentenza n. 96/1981 della Corte costituzionale in tema di plagio<sup>7</sup>. In tale pronuncia, infatti, i giudici della Consulta, pur ritenendo rispettata la tecnica di formulazione precisa della fattispecie di cui all'art. 603 c.p., ha dichiarato incostituzionale la norma per violazione del principio di determinatezza, stante la mancanza di riscontro concreto ed empirico del concetto di "plagio".

I giudici, in particolare, in tale sentenza hanno evidenziato che il concetto di "plagio" risulta definito con difficoltà fin dalla legislazione romanistica e in tutta la legislazione medievale e moderna, a causa della mancanza di riscontro empirico nella concreta realtà dei fatti<sup>8</sup>.

Ciò posto, occorre osservare che il principio di tassatività della legge penale – volto, come detto, ad evitare arbitri da parte dell'interprete e a garantire una conoscibilità della legge penale ai destinatari del precetto – deve essere relazionato con le esigenze di natura pratica derivanti dalla "aleatorietà" del linguaggio<sup>9</sup>.

---

misure limitative di quel bene sommo ed inviolabile costituito dalla libertà personale. Ritiene quindi la Corte che, per effetto di tale principio, onere della legge penale sia quello di determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l'interprete, nel ricondurre un'ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile. Tale onere richiede una descrizione intellegibile della fattispecie astratta, sia pure attraverso l'impiego di espressioni indicative o di valore (cfr. ad es. sentenze 21/1961 e 191/1970) e risulta soddisfatto fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili. Implicito e ulteriore sviluppo dei concetti ai quali questa giurisprudenza si è ispirata comporta che, se un simile accertamento difetta, l'impiego di espressioni intellegibili non sia più idoneo ad adempiere all'onere di determinare la fattispecie in modo da assicurare una corrispondenza fra fatto storico che concretizza un determinato illecito e il relativo modello astratto. Ogni giudizio di conformità del caso concreto a norme di questo tipo implicherebbe un'opzione aprioristica e perciò arbitraria in ordine alla realizzazione dell'evento o al nesso di causalità fra questo e gli atti diretti a porlo in essere, frutto di analoga opzione operata dal legislatore sull'esistenza e sulla verificabilità del fenomeno. E pertanto nella dizione dell'art. 25 che impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intellegibilità dei termini impiegati, deve logicamente ritenersi anche implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà».

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Nello specifico si vedano i punti 3-8 del «Considerato in diritto» della Sentenza.

<sup>9</sup> Per ulteriori approfondimenti, fra gli altri, S. ALEO, E. LANZA, *Il sistema penale*, Milano, 2019, p. 36 ss.; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 156 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 82 ss.; M. D'AMICO, G. D'ARCONZO, *op. cit.*, p. 543 ss; F. CORDERO, *op. cit.*, p. 5.



Vi possono essere concetti, infatti, definiti con maggiore precisione dal legislatore (c.d. elementi rigidi) e quelli che, invece, in cui risulta necessario lasciare dei margini di apprezzamento discrezionale all'interprete nella loro applicazione (c.d. elementi elastici)<sup>10</sup>.

Come esempio del primo tipo, si pensi al richiamo nella fattispecie criminosa di elementi naturalistici, come la morte, oppure a quelli numerici, per i quali è possibile avere una pronta percezione del significato da attribuire al termine indicato dal legislatore.

Si pensi, in aggiunta, all'indicazione di termini giuridici già compiutamente determinati, come il concetto di "cosa", "altruità", "matrimonio", la cui interpretazione non dà luogo ad ampi margini di discrezionalità nella loro applicazione concreta.

Come esempio del secondo tipo, invece, si fa riferimento a quei termini che necessitano dell'attività interpretativa. Ciò può accadere, innanzitutto, perché si tratta di concetti collegati a valori mutevoli nel corso del tempo di una determinata società, come, ad esempio, l'atto "osceno" e il "buon costume"; oppure può accadere perché il legislatore in taluni casi ha voluto attribuire maggiore discrezionalità all'interprete affinché questo assuma la funzione di organo respiratore del diritto penale, come avviene, ad esempio, quando si fa riferimento "al danno di rilevante gravità/speciale tenuità" nei delitti contro il patrimonio o alla "tenuità del fatto" per l'assoluzione da alcuni specifici reati indicati dalla legge.

Tale discrezionalità lasciata al giudice, tuttavia, se risulta conforme alla *ratio* garantista della legalità penale nel caso in cui sia prevista a favore dell'imputato, potrebbe provocare dei problemi di compatibilità allorché questa sia concessa in tema di situazioni in cui va *contra reum*, stante il venir meno delle esigenze di conoscibilità e calcolabilità da parte dell'autore di un fatto delle relative conseguenze sanzionatorie<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr., per tutti, P. PITTARO, *Art. 25, commi 2 e 3*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 260 ss., il quale evidenzia pure che vi sono anche gli elementi vaghi, ossia «quelli che non hanno un significato comprensibile, magari riferendosi ad entità della fantasia (ad es. punire chi caccia l'ircocervo, ovvero cavalca l'ipogrifo)».

<sup>11</sup> Sul punto P. PITTARO, *op. cit.*, p. 261 afferma che «Per quanto possa essere palese che gli elementi rigidi rispondano alla garanzia di cui alla disposizione costituzionale, mentre quelli vaghi ne sono in conflitto ed il vero problema sorge in ordine a quelli elastici, tale conclusione non può essere scontata. Innanzi tutto perché gli stessi elementi normativi giuridici possono offrire

Il punto, però, sarà meglio trattato in seguito, quando sarò approfondito il tema della discrezionalità giudiziaria del giudice penale.

Si vedrà, inoltre, come anche la Corte costituzionale, al fine di salvare dalla dichiarazione di incostituzionalità alcune fattispecie di reato ritenute non del tutto rispettose del principio di tassatività, ha, talvolta, rimesso al giudice ordinario l'interpretazione della disposizione attraverso il diritto vivente o ricorrendo all'ausilio della interpretazione sistematica<sup>12</sup>. Tale prassi, tuttavia, suscita dei dubbi in ordine al rispetto dei limiti di discrezionalità giudiziaria riconosciuti in sede penale.

## 2. ... e il divieto di analogia

Il principio di tipicità, come già detto, sottende il divieto di interpretazione analogica della legge penale.

Se, infatti, fosse permesso all'interprete di applicare la legge penale a casi simili a quelli direttamente contemplati dalla fattispecie criminosa, si tradirebbero le esigenze di garanzia che connotano il principio di legalità.

È per tale motivo, quindi, che sembra di dovere accogliere la tesi che rinviene il fondamento costituzionale del divieto di analogia all'art. 25 della Costituzione<sup>13</sup>.

---

interpretazioni non pacifiche o, comunque, non sempre trasferibili nel diritto penale [...]. In secondo luogo perché anche gli elementi elastici possono presentare un'accettabile soluzione, vuoi ragionando in ordine alla *ratio* della disposizione ed al bene tutelato, vuoi respingendo interpretazioni socialmente o culturalmente retrograde o eccessivamente avanzate». In tema si veda anche F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 59 ss.

<sup>12</sup> Cfr., per tutti, P. PITTARO, *op. cit.*, p. 258 ss.; In tema si veda anche R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 154 ss.;

<sup>13</sup> Sul punto G. VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1987, p. 161 afferma la «[...] sintetica [...] formulazione dell'art. 25 Cost. è pregnante; essa contiene, per le norme comportanti una pena, la riserva di legge, il principio di irretroattività, quello di tassatività e quello di determinatezza. In particolare essa contiene anche il divieto di leggi che consentano l'applicazione analogica di norme incriminatrici. Certo, quella qui proposta è una interpretazione estensiva dell'art. 25 Cost. Ma come si potrebbe pensare che il Costituente, all'indomani tra l'altro di esperienze generalmente condannate sul piano politico, come quella sovietica del 1925 e quella nazionalsocialista del 1935, non avesse in animo di vietare il ricorso all'analogia anche al futuro legislatore penale? [...]». Sulla costituzionalizzazione del divieto di analogia all'art. 25 Cost. si vedano, tra gli altri, anche P. SCEVI, *L'interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell'interpretazione estensiva*, in *Arch. pen.*, 1, 2020, p. 2; M. ZANOTTI, *op. cit.*, p. 235; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 2009, p. 107; G. MARINI, voce *Nullum crimen, nulla*

È da ritenersi richiesto, inoltre, per le medesime ragioni sopra esposte in tema di tassatività, dagli artt. 13, 24 e 27 della Costituzione.

Riconosce, tra l'altro, fondamento costituzionale al divieto di analogia anche chi sostiene il valore di costituzione materiale delle Preleggi, in cui il divieto di analogia in materia penale è sancito all'art. 14<sup>14</sup>.

All'art. 14 delle Preleggi, infatti, è sancito che «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati», confermando, dunque, quanto già implicitamente ricavabile dagli artt. 1 e 199 c.p.

Ciò detto, occorre osservare che l'interpretazione analogica può essere due tipi: l'analogia *legis* e l'analogia *iuris*<sup>15</sup>.

All'art. 12, comma 2, delle Preleggi, infatti, dapprima, con riferimento alla analogia *legis*, è sancito che «Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe»; subito dopo, con riferimento alla analogia *iuris*, si afferma che «se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato»<sup>16</sup>.

In altri termini, il procedimento analogico disposto in generale per tutti i rami del diritto, salvo le eccezioni di legge – come sancito al successivo articolo 14 delle Preleggi – prevede la possibilità per il giudice di risolvere la controversia non direttamente normata, in primo luogo, con disposizioni che regolano casi simili e, in subordine, applicando i principi generali dell'ordinamento<sup>17</sup>.

---

*poena sine lege*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1978, p. 957 ss.; M. GALLO, *La legge penale*, Torino, 1974, p. 29 ss.; F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 297 ss. In senso contrario, M. BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale*, Milano, 1982, p. 18.

<sup>14</sup> In tal senso M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, p. 89 ss. Sul valore delle *Preleggi* come norme di Costituzione materiale cfr. A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2014, p. 23.

<sup>15</sup> Cfr. L. PELLICCIOLI, V. VELLUZZI (a cura di), *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, Pisa, 2014; G. CARCATERRA, voce *Analogia. I. Teoria generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1988, p. 1 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Dig. Disc. Priv.*, IV, Torino, 1987, p. 320 ss.; L. CAIANI voce *Analogia. B) Teoria generale*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, p. 348 ss.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

Tale procedimento permette al giudice di decidere su qualunque controversia a cui sarà chiamato a giudicare, in conformità al c.d. divieto di *non liquet*<sup>18</sup>.

Come si è detto, l'art. 14 delle Preleggi vieta l'applicazione analogica della legge penale, oltre che di quelle eccezionali e, dunque, in tale settore pare risultare precluso il predetto procedimento.

Invero, però, la norma deve essere interpretata alla luce della *ratio* del principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione.

La *ratio* garantista del principio, infatti, vieta l'analogia in materia penale al fine di evitare gli arbitri dell'interprete *contra reum* e la non chiara e precisa conoscenza del precetto penale da parte degli autori di un fatto.

Qualora, quindi, l'interpretazione analogica si risolva in senso favorevole verso l'autore di un fatto, non paiono esserci limiti costituzionali alla sua applicazione anche nel diritto penale.

Per tali ragioni la dottrina maggioritaria, superando il rigido divieto letterale di cui all'art. 14 delle Preleggi e interpretandolo teleologicamente, ha ammesso in materia penale l'applicazione analogica *in bonam partem*, se pur rispettando determinati limiti, ed ha ritenuto vietato soltanto quella operata *in malam partem*<sup>19</sup>.

È stato evidenziato, inoltre, che la tesi è confortata dal tenore letterale dell'art. 4 delle *Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione della legge in generale* al codice civile del 1865, in cui si affermava che «Le leggi penali e quelle che restringono il libero esercizio dei diritti o formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi, non si estendono oltre i casi e tempi in esse espressi»<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Per maggiori approfondimenti sul divieto di *non liquet* si veda A. MORDECHAI RABELLO, *Non liquet dal diritto moderno al diritto romano*, Modena, 1973.

<sup>19</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2020, p. 82 ss.; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 186 ss; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 2009, p. 110; P. PITTARO, *op. cit.*, p. 259; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 1987, p. 95 ss.; M. GALLO, *op. cit.*, p. 32 ss. *Contra* P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1984, p. 131; G. MARINI, *op. cit.*, p. 958 ss.

<sup>20</sup> Sul punto G. VASSALLI, *Analogia*, cit., p. 159 ss.; ID., *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942.

Con la vigenza di tale Codice, infatti, il divieto non riguardava espressamente le c.d. norme di favore, ma soltanto quelle che restringevano il libero esercizio dei diritti.

Valorizzando, dunque, la *ratio* del principio di legalità in materia penale e andando oltre il dato letterale dell'art. 14 delle Preleggi, sono stati riconosciuti degli spazi applicativi all'analogia in *bonam partem* nel diritto penale.

Occorre osservare, però, che quanto affermato deve essere rapportato con il divieto di analogia di norme eccezionali, che risulta, come visto, sancito sempre all'art. 14 delle Preleggi.

Prima di ammettere, dunque, il procedimento analogico di favore nel diritto penale, risulta pur sempre necessario verificare che le norme in rilievo non siano eccezionali<sup>21</sup>.

Sono da considerarsi leggi eccezionali, così come in modo cristallino ci riportano FIANDACA e MUSCO, quelle che «Secondo un insegnamento ormai consolidato, sono [...] *regolari* le norme che disciplinano situazioni generali in cui può versare “chiunque” al ricorrere di determinati presupposti; mentre ci si trova di fronte a norme eccezionali tutte le volte in cui viene introdotta una disciplina che deroga, rispetto a particolari casi, alla efficacia potenzialmente generale di una o più disposizioni»<sup>22</sup>.

È stata ammessa, ad esempio, l'analogia per alcune scriminanti di reato, come avvenuto per l'interpretazione dell'attualità del pericolo nella legittima difesa, ampliato ai casi di “immediatezza” del pericolo. Oppure è stato ritenuto che, sussistendo situazioni di attualità di pericolo, “il danno grave alla persona” nello stato di necessità possa derivare da esigenze di bisogno economico che inducono alla occupazione di un alloggio altrui<sup>23</sup>.

In tale campo, tuttavia, il punto non risulta essere pacifico, poiché ciò potrebbe provocare degli arbitri dell'interprete che va a riconoscere delle scriminanti ulteriori rispetto a quelli disciplinati dal legislatore in modo specifico. Si è detto, inoltre, che tale prassi dovrebbe ritenersi assolutamente vietata nel caso in cui il legislatore abbia dettagliatamente stabilito i limiti dell'applicazione della

---

<sup>21</sup> Sul punto Cfr. S. ALEO, E. LANZA, *op. cit.*, p. 47; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 188 e bibliografia ivi citata.

<sup>22</sup> Così G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 110.

<sup>23</sup> Per una ampia disamina della giurisprudenza sul punto, oltre a quanto si vedrà nel capitolo dedicato alla discrezionalità giudiziaria, si veda R. GAROFOLI, *op. cit.*, pp. 191-195. In tema si veda anche P. PITTARO, *op. cit.*, p. 259.

scriminante di reato, come avviene, ad esempio, in tema di uso legittimo delle armi all'art. 53 del codice penale<sup>24</sup>.

A tal proposito, ad avviso di chi qui scrive, pare che per l'estensione analogica delle scriminanti del reato, possa essere ammessa soltanto nel caso in cui si riesca a rinvenire la *eadem ratio* espressa dalla disposizione scriminante. Negli altri casi, invece, ciò potrebbe provocare un arbitrio dell'interprete rispetto da quanto permesso dal legislatore.

Il dato è confortato, tra l'altro, dalla circostanza che, come abbiamo visto, le scriminanti di reato non sembrano nemmeno da ritenersi come norme penali, ma mera espressione dell'intero ordinamento<sup>25</sup>.

Per quanto riguarda, invece, le cause di esclusione della colpevolezza, vi è un doppio orientamento. Da un lato, chi ritiene di applicarle analogicamente in ogni caso in cui un comportamento risulta inesigibile e non colpevole, sulla base della teoria di matrice tedesca della inesigibilità<sup>26</sup>; dall'altro, invece, che, per motivi legati soprattutto alle difficoltà di stabile di cosa sia o non sia esigibile oppure perché si sostiene siano norme eccezionali, ritiene che il procedimento analogico non risulti permesso in tale sede<sup>27</sup>.

Anche in questo caso, pare che possa essere ammesso, purché si rispetti la medesima *ratio* della causa di esclusione della colpevolezza espressa nella norma.

Pur trattandosi, infatti, di norme strettamente penali, l'interpretazione analogica *in bonam partem* teologicamente orientata non sembra tradire la *ratio* della legalità penale.

Così ha proceduto, tra l'altro, recentemente la Corte di cassazione a Sezioni Unite<sup>28</sup>. In particolare, il problema riguardava l'applicazione analogica al convivente *more-uxorio* della previsione di cui all'art. 384, comma 1, c.p. in cui è sancito che «Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371 bis, 371 ter, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi

---

<sup>24</sup> Così R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 190; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I. artt. 1-84*, Milano, 1984, p. 7.

<sup>25</sup> Sul punto si rimanda a *infra*, § 1.

<sup>26</sup> In tema G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990; L. SCARANO, *La non esigibilità in diritto penale*, Napoli, 1948.

<sup>27</sup> Sul dibattito si veda G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 408 ss.; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 196 ss.

<sup>28</sup> Corte di Cassazione, Cass. pen, Sez. Un., n. 10381, 26 novembre 2020-13 marzo 2021.

stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto, da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore».

La questione scaturiva dal fatto che la nozione di «prossimo congiunto» nell'ordinamento penale si ricava dal disposto di cui all'art. 307 c.p., nel quale non è incluso, nonostante le modifiche apportate dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6<sup>29</sup>, adottato in seguito alla legge che riconosce le unioni civili in Italia (l. 20 maggio 2016, n. 76<sup>30</sup>), il convivente *more- uxorio*.

Orbene, i giudici della Cassazione, in tale sentenza, dopo avere appurato la natura di causa di esclusione della colpevolezza della previsione di cui all'art. 384, comma 1, c.p., ne hanno esteso l'applicazione al convivente *more-uxorio*, sottolineando l'*eadem ratio* di comportamento inesigibile, sia da parte dei «prossimi congiunti» previsti all'art. 307 c.p., che dai conviventi di fatto legati da un legame stabile e affettivo con il reo, ancorché non formalizzato.

Poca muta, infatti, nella sostanza, la situazione tra due soggetti conviventi legati da vincoli affettivi, a seconda se l'unione sia stata formalizzata o meno.

Invero, in proposito si potrebbe obiettare che il silenzio del legislatore, anche in sede di modifica del 2017, avrebbe dovuto essere considerato sintomo della sua non volontà di estendere la norma a prossimi congiunti diversi rispetto a quelli previsti dall'art. 307 c.p.

Occorre osservare, però, che in questo caso trattasi di norma di favore, che non tradisce la *ratio* della legalità penale di cui all'art. 25 Cost. e, pertanto, pare da ammettersi l'interpretazione analogica.

Non paiono, inoltre, norme eccezionali, preso atto che risultano espressione principio di non colpevolezza e che disciplinano casi in cui non risulta possibile in via generale l'esigibilità di un comportamento. Non sembrano, infatti, né norme eccezionali che derogano a leggi generali, né espressione di motivi di opportunità politica.

Differente, invece, è la questione per le cause di non punibilità in senso stretto, da ritenersi norme eccezionali, dettate da ragioni di opportunità e per le quali non sembra da ammettersi l'interpretazione analogica a casi simili, perché

---

<sup>29</sup> D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 22, 27 gennaio 2017.

<sup>30</sup> L. 20 maggio 2016, n. 76, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 118, 21 maggio 2016.

altrimenti si rischierebbe di varcare il confine di discrezionalità politica riservata al solo legislatore<sup>31</sup>.

Norme eccezionali e dettate da ragioni di discrezionalità politica devono pure ritenersi le circostanze attenuanti di reato previste dal codice e, anche in tale sede, quindi, è da escludere il ricorso all'analogia, salvo gli spazi, però, concessi all'organo giudicante in tema di attenuanti generiche *ex art. 62-bis c.p.*<sup>32</sup>.

L'applicazione analogica *in malam partem*, tuttavia, deve essere distinta dalla c.d. interpretazione estensiva.

L'interpretazione estensiva, infatti, per la quale non sussiste alcun divieto di applicazione nel diritto penale, permette l'applicazione della norma in modo ampio, andando oltre al suo tenore strettamente letterale ed estendendola a tutti i possibili significati, ma sempre rimanendo nei limiti da essa concessi<sup>33</sup>.

L'interpretazione analogica, invece, permette l'applicazione della norma a casi simili, ma che fuoriescono dai casi espressamente o "estensivamente" ricavabili dalla disposizione.

Come vedremo nei capitoli che seguiranno, tuttavia, non sempre la distinzione nella prassi tra interpretazione estensiva e divieto analogia *in malam partem* risulta netta e, talvolta, ciò sembra prestarsi ad "abusi" da parte dell'interprete<sup>34</sup>.

### **3. Il fondamento costituzionale della legge penale nel tempo: il principio di irretroattività e quello di retroattività favorevole e i loro rapporti con la "intangibilità" del giudicato. Una nuova visione di un principio secolare?**

Il principio di irretroattività della legge penale, come abbiamo visto, rappresenta il primo corollario della legalità che si è sviluppato nel pensiero moderno<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Cfr. R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 204; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 111; M. BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva del diritto penale*, Palermo, 1955, p. 112 ss.

<sup>32</sup> R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 205 e bibliografia ivi citata.

<sup>33</sup> Per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 108 ss. e bibliografia ivi citata.

<sup>34</sup> Sul punto Cfr. pure Ivi, p. 109.

<sup>35</sup> Cfr. Cap. I, § 3. Sul punto pure G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 85.



Tant'è che la Corte costituzionale nel 1983 lo ha definito come un «fondamentale principio di civiltà giuridica»<sup>36</sup>.

Nel diritto penale, infatti, non è permesso applicare la legge a fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge che li preveda come reato.

La *ratio* del principio è quella di permettere al cittadino di calcolare e conoscere le conseguenze delle proprie azioni, nonché di evitare eventuali arbitri del legislatore, il quale, con una legge successiva, potrebbe punire fatti antisociali non ancora previsti al tempo della commissione del fatto come reato.

Tale principio, in realtà, è previsto per tutti i rami dell'ordinamento da una norma di rango primario, all'art. 11 delle Preleggi, in cui è sancito che «La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo»<sup>37</sup>.

Il principio, tuttavia, soltanto per il diritto penale trova fondamento costituzionale, all'art. 25, comma 2, Cost. Di conseguenza, mentre per gli altri rami dell'ordinamento risulta derogabile da una legge di pari rango a quella di cui all'art. 11 delle Preleggi, per l'ordinamento penale ciò non risulta possibile, stante la natura costituzionale del principio.

Trova, inoltre, affermazione, all'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966<sup>38</sup>, nonché, come meglio vedremo nei capitoli seguenti, all'art. 7 della CEDU e all'art. 49 della CDFUE.

Appare opportuno osservare, però, che il principio riguarda solo ed esclusivamente il diritto penale sostanziale<sup>39</sup>. Nel campo del diritto processuale

---

<sup>36</sup> Così Corte cost., sent. n. 148, 2-3 giugno 1983, in *Gazz. Uff.*, n. 163, 15 giugno 1983.

<sup>37</sup> Per una visione generale sul principio di irretroattività delle leggi con riferimento sia alla Costituzione italiana sia allo Statuto Albertino e alla coeva legislazione si veda G. AZZARITI, *Il principio di irretroattività delle leggi e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Vol. I, Torino, 1960, p. 163.

<sup>38</sup> Cfr. Cap. I, § 5.

<sup>39</sup> Sul principio di irretroattività della legge penale si veda, fra gli altri, A. PAGLIARO, *op. cit.*, p. 121 ss.; F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 87 ss.; A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PARAVINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino, 2012, p. 243 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 85 ss.; M. D'AMICO, G. ARCONZO, *op. cit.*, p. 545 ss.; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 213 ss.; M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1987; F. BRICOLA, *Art. 25, commi II e III*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 24-26. Rapporti civili*, Bologna, 1981, p. 284 ss.; C. PODO, *Successione di leggi penali*, in *Nov. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971, p. 667 ss. A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1958, p. 117 ss.

penale, invece, vige, salvo espressa previsione di legge, l'opposto principio del *tempus regit actum*.

Il principio di irretroattività della legge penale, inoltre, non si applica alle misure di sicurezza, per le quali, però, si applicano tutti gli ulteriori corollari della legalità, preso atto di quanto disposto espressamente dall'art. 200 c.p. e che ciò non trova alcun limite all'art. 25, comma 3, della Costituzione.

Le esigenze di eliminare indici di pericolosità sociale attuali di alcuni soggetti con misure idonee stabilite dal legislatore ed adeguate all'evoluzione del contesto scientifico, impone che in tale settore non si applichi il principio di irretroattività penale<sup>40</sup>.

Ciò posto, il principio di irretroattività penale, trova espressa formulazione anche all'art. 2, comma 1, c.p., nel quale, come abbiamo già visto in precedenza, è sancito «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato».

Il principio di irretroattività, dunque, si applica sia agli elementi che integrano il reato, che alle pene da esse stabilite.

Si applica, inoltre, a tutti gli istituti di diritto penale sostanziale che influiscono sulla pena, come ad esempio, la prescrizione del reato, la sospensione condizionale della pena, nonché, secondo un determinato orientamento, ad alcuni istituti processuali o di diritto penitenziario che incidono sull'aspetto sostanziale della pena, come le condizioni di procedibilità, le misure alternative alla detenzione e i termini di durata della custodia cautelare<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> In tal senso si veda Corte cost., sent. n. 53, 9-29 maggio 1968, in *Gazz. Uff.*, n. 139, 1° giugno 1968; Corte cost., sent. n. 196, 26 maggio-4 giugno 2010, in *Gazz. Uff.*, n. 23, 9 giugno 2010.

<sup>41</sup> Il tema, tuttavia, fuoriesce dall'oggetto della nostra indagine, nonostante meriterebbe ben più ampio approfondimento, preso atto che sul punto si è anche espressa la Corte costituzionale, sentenze nelle quali ha, talvolta, esteso il principio anche per tali istituti. Da ultimo, ad esempio, si veda Corte cost., sent. n. 32, 12-26 febbraio 2020, in *Gazz. Uff.*, n. 10, 4 marzo 2020 in tema di dichiarazione d'illegittimità di norme che, per effetto della l. 9 gennaio 2019, n. 3, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 13, 16 gennaio 2019 (c.d. legge spazzacorrotti), prevedevano l'applicazione retroattività per alcuni reati contro la P.A. di disposizioni che escludevano la possibilità di godere di misure alternative alla detenzione e che, dunque, sancivano l'applicazione del *tempus regit actum*. Per una visione ampia del dibattito in ordine alla applicazione del principio di irretroattività agli istituti di confine tra diritto penale processuale e sostanziale si rimanda a R. GAROFOLI, *op. cit.*, pp. 300-312. Si rimanda, altresì, a D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure, Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019. Si avverte fin d'ora, però, che il dibattito ha riguardato anche alcuni istituti considerati nel nostro ordinamento a carattere sostanziale, come la prescrizione, dibattito

I successivi commi dell'art. 2 del codice penale, tuttavia, sono dedicati al principio di retroattività favorevole, che, come abbiamo visto, durante i lavori preparatori, per esigenze di economia normativa ed al fine evitare problemi di indicazione di dettagliate precisazioni relative alle sue eccezioni, si decise di non sancire direttamente all'art. 25 della Costituzione<sup>42</sup>.

Ciò non significa, tuttavia, che il principio di retroattività favorevole sia privo di qualunque base in Costituzione.

Occorre avvertire, infatti, che, dopo un iniziale orientamento in cui si è ritenuto addirittura che tale principio fosse in contrasto con il dettato costituzionale, gli interpreti e soprattutto la giurisprudenza della Corte costituzionale hanno riscontrato il fondamento costituzionale di tale principio.

In una prima fase, infatti, parte della dottrina, ritenendo che il principio di irretroattività della legge penale fosse legato a ragioni di certezza del diritto, avanzava dei possibili dubbi di legittimità costituzionale dei commi successivi al primo dell'art. 2 c.p. per violazione dell'art. 25, comma 2, della Costituzione<sup>43</sup>.

Accanto tale orientamento, tuttavia, altra parte della dottrina poneva in luce la *ratio* di garanzia del principio di irretroattività della legge penale e che sarebbe stato irragionevole non riconoscere base costituzionale al principio di retroattività favorevole e punire, in modo più grave, il reo, nonostante il legislatore avesse successivamente il fatto ritenuto di minore disvalore penale il fatto<sup>44</sup>.

Tale dottrina, infatti, evidenziava la disparità di trattamento tra soggetti che si ritrovavano nella medesima situazione, a seconda che il medesimo fatto fosse stato commesso prima o dopo l'entrata in vigore di una legge penale più favorevole, comportando una violazione dell'art. 3 della Costituzione.

---

scaturito dalle influenze del diritto europeo sul diritto penale italiano. Il tema sarà oggetto di indagine nel capitolo relativo ai rapporti tra ordinamento penale italiano e diritto dell'Unione europea.

<sup>42</sup> Cfr. Cap. II, § 1.

<sup>43</sup> La tesi è riportata da E. ANTONINI, *La ultrattività delle leggi penali finanziarie: una questione senza problemi*, in *Giur. cost.*, 1975, p. 2674 ss.; F. BRICOLA, *Art. 25, commi II e III*, cit., p. 285 ss.; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 218.

<sup>44</sup> In tal senso, fra gli altri, A. PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 1064; M. SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione*, Torino, 1966, p. 66 ss. F. BRICOLA, *Art. 25, commi II e III*, cit., p. 285 ss.; C. ESPOSITO *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in ESPOSITO C., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 90.

A sostegno della tesi, inoltre, come abbiamo visto, anche i lavori preparatori della Costituzione, dai quali emerge che il principio non fu inserito solo per ragioni di economia normativa.

Per i medesimi motivi, la Corte costituzionale nel 2006, prendendo posizione sul punto, ha affermato che il principio di retroattività favorevole trova fondamento costituzionale all'art. 3 della Costituzione. La Corte, tuttavia, ha avuto modo di chiarire che, a differenza del principio di irretroattività della legge penale di cui all'art. 25, comma 2, Cost., il quale riveste una posizione privilegiata non soggetta ad eccezioni, il principio di retroattività favorevole è suscettibile di deroghe qualora queste appaiono ragionevoli alla luce di altri valori costituzionali<sup>45</sup>.

Affinché, dunque, il legislatore preveda deroghe alla retroattività favorevole, queste dovranno apparire giustificate e superare il relativo *test* di ragionevolezza costituzionale.

A tal proposito, ad esempio, in passato la dottrina aveva ritenuto non del tutto giustificate le eccezioni al principio della *lex mitior* più favorevole in tema di leggi finanziarie affermato dall'art. 20, l. 7 gennaio 1929, n. 4<sup>46</sup>; la disposizione, però, è stata abrogata dall'art. 24, d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507<sup>47</sup>.

Occorre avvertire, inoltre, che il principio di retroattività favorevole trova una sua affermazione anche all'art. 7 della CEDU e all'art. 49 della CDFUE.

In particolare, con riferimento alla CEDU, ciò è stato chiarito dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo nel 2009 nella sentenza *Scoppola c. Italia*<sup>48</sup>.

All'indomani di tale sentenza in Italia sorse il dubbio se il principio della retroattività favorevole della *lex mitior* trovasse fondamento costituzionale anche all'art. 117, comma 1, Cost e se, di conseguenza, potessero essere ammesse deroghe ragionevoli così come affermato dalla Corte costituzionale.

---

<sup>45</sup> Corte cost., sent. n. 394, 8-23 novembre 2006, in *Gazz. Uff.*, n. 47, 29 novembre 2006. Nei medesimi termini, *ex pluribus*, Corte cost., sent. n. 393, 23 ottobre-23 novembre 2006, in *Gazz. Uff.*, n. 47, 29 novembre 2006; Corte cost., sent. n. 72, 12-28 marzo 2008, in *Gazz. Uff.*, n. 15, 2 aprile 2008; Corte cost., sent. n. 236, 19-22 luglio 2011, in *Gazz. Uff.*, n. 32, 27 luglio 2011.

<sup>46</sup> L. 7 gennaio 1929, n. 4, in *Gazz. Uff. del Regno d'Italia*, P. prima, n. 11, 14 gennaio 1929.

<sup>47</sup> D.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, in *Gazz. Uff.*, Suppl. ordinario, n. 306, 31 dicembre 1999.

<sup>48</sup> Corte EDU, ricorso n. 126/05, 22 maggio 2017, *Scoppola c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111044>.

Sul punto si è poi espressa nel 2011 la Corte costituzionale che, oltre a affermare l'ulteriore parametro costituzionale a cui può essere legato il principio, ossia l'art. 117, comma 1, Cost., ha evidenziato che anche la Corte EDU nella sentenza *Scoppola c. Italia* non ha escluso che tale principio possa subire deroghe o limitazioni dettate da valide ragioni che le giustificano<sup>49</sup>.

Alla luce di quanto affermato, dunque, è possibile ritenere che la Corte costituzionale abbia ritenuto che il principio di retroattività favorevole, così come declinato nel nostro ordinamento, non risulta essere in contrasto con quello della CEDU.

Ciò posto, il principio di retroattività favorevole, in particolare, ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p., implica che, se un fatto-reato risulta abrogato da una legge posteriore, il reo non può più essere condannato e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti, ancorché sia intervenuto un giudicato di condanna (c.d. *abolitio criminis*).

In tale ultimo caso, infatti, sarà permesso al reo, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., di chiedere al giudice la revoca della sentenza o del decreto penale di condanna perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

Implica, inoltre, ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p., che, se una legge posteriore sia diversa e più favorevole rispetto a quella in cui fu commesso il reato, al reo, salvo però che sia già intervenuto giudicato, deve applicarsi la legge penale successiva (c.d. *abrogatio sine abolitione*).

Con la riforma del 2006 dell'art. 2 c.p., inoltre, è stato previsto, nel nuovo comma 3, che se la legge posteriore prevede la sola pena pecuniaria e vi è stata condanna alla pena detentiva, ancorché intervenuto giudicato, al condannato spetta la conversione della rimanente pena detentiva in sanzione pecuniaria.

Il successivo comma 5, però, esclude dall'applicazione da tale regime le leggi eccezionali e temporanee. Sarebbe irragionevole, infatti, applicare il principio di retroattività favorevole a leggi adottate per specifiche situazioni o per contrastare problemi di ordine temporaneo, se poi si garantisse al reo di non essere punito successivamente una volta che tali situazioni o esigenze temporanee venissero meno<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Corte cost., sent. n. 236, 19-22 luglio 2011, in *Gazz. Uff.*, n. 32, 27 luglio 2011.

<sup>50</sup> In tema di retroattività favorevole, fra gli altri, si vedano F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 87 ss.; A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 258 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 86 ss.; M. D'AMICO, G. ARCONZO, *op. cit.*, p. 545 ss.; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 216 ss.; M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2003; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 121 ss.; F. BRICOLA, *Art. 25, commi*

In proposito, tuttavia, è stato avanzato il problema della successione tra leggi eccezionali. Da un lato, infatti, vi è ritiene che si tratti di una normale vicenda di successione di leggi penali nel tempo e ritiene si applichi, fra leggi eccezionali, la disciplina prevista dall'art. 2 c.p. per le leggi non eccezionali; dall'altro, invece, chi sostiene che in tale caso viga il principio del *tempus regit actum*<sup>51</sup>.

Invero, la tesi di accogliere in tema pare essere quella sostenuta da un terzo orientamento, che ritiene di applicare la successione della legge più favorevole nel caso in cui con la nuova legge eccezionale maggiormente più favorevole si desideri disciplinare la stessa situazione straordinaria con una disciplina penale differente rispetto a quella precedente; in caso contrario, invece, continuerà ad avere valenza il disposto di cui all'art. 2, comma 5, del codice penale<sup>52</sup>.

Ciò detto, l'ultimo comma dell'art. 2 c.p., infine, dispone che «Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge convertito in legge con emendamenti».

Tale comma, in realtà, risulta conforme al regime del decreto legge così come disciplinato in epoca fascista, in cui il decreto legge non convertito perdeva efficacia *ex nunc*, non travolgendo i rapporti giuridici sorti al tempo della sua vigenza. In linea, dunque, con la suddetta disciplina del decreto legge non convertito o convertito con modificazione, il legislatore del 1930 nel codice penale decise di estendere gli effetti retroattivi del *favor rei* anche alle disposizioni previste in tale atto legislativo<sup>53</sup>.

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, tuttavia, ci si è chiesti se l'ultimo comma dell'art. 2 c.p. fosse conforme con la perdita di efficacia sin dall'inizio del decreto legge non convertito prevista dall'art. 77 Cost.

Sul punto è così intervenuta la Corte costituzionale nel 1985 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma nella parte in cui rende

---

*II e III*, cit., p. 284 ss.; C. PODO, *op. cit.*, p. 667 ss.; M. SINISCALCO, *op. cit.*, p. 66 ss.; A. SANTORO, *op. cit.*, p. 117 ss.

<sup>51</sup> I due orientamenti sono riportati in R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 282.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> All'art. 3, commi 6 e 7, della l. 31 gennaio 1926, n. 100 in *Gazz. Uff. del Regno d'Italia*, P. prima, n. 25, 1° febbraio 1926, si disponeva «Se una delle due Camere rifiuti la conversione in legge, il presidente ne dà notizia nella *Gazzetta Ufficiale*, e il decreto cessa di avere vigore dal giorno della pubblicazione della notizia. Se il decreto è convertito in legge con emendamenti, l'efficacia degli emendamenti decorre dalla pubblicazione della legge». In tema M. CAVINO, *Ordinamento giuridico e sistema delle fonti*, in M. CAVINO, L. IMARISIO, *Trattato di diritto costituzionale italiano*, Vol. I, Napoli, 2021, p. 79 ss.

applicabili i commi relativi al principio di retroattività favorevole anche ai decreti legge non convertiti o convertiti non modificazioni<sup>54</sup>.

Per i fatti, dunque, commessi prima dell'entrata in vigore del decreto legge che poi ha perso efficacia sin dall'inizio, ancorché questo avesse preveduto delle disposizioni più favorevoli, continuerà ad applicarsi la legge precedente, ancorché più sfavorevole.

La sentenza appare risultare, quindi, in linea sia con l'art. 77 Cost, che con il principio di irretroattività della legge penale di cui all'art. 25 della Costituzione. Il reato, infatti, è stato posto in essere sotto la vigenza di una diversa legge conosciuta dal reo al tempo della sua commissione<sup>55</sup>.

Sembra essere, inoltre, rispettosa anche dell'art. 3 della Costituzione in cui trova fondamento costituzionale il principio di retroattività favorevole. Come abbiamo già visto, infatti, tale principio ammette delle deroghe ad esso purché risultino giustificate alla luce del criterio della ragionevolezza<sup>56</sup>.

Nessun diritto, infatti, avrà il reo di vedersi applicare una legge più favorevole contenuta in un decreto legge che ha perso efficacia ai sensi dell'art. 77 della Costituzione.

Nella prassi, tuttavia, ci si è posti il problema di quale legge applicare ai fatti commessi durante la vigenza del decreto legge. In tali casi, infatti, applicare la legge precedente più sfavorevole comporterebbe una violazione del principio di irretroattività della legge penale, ma applicare le norme del decreto legge potrebbe apparire in contrasto con l'art. 77 della Costituzione.

Sul punto, in dottrina, si è formato un doppio orientamento.

Una parte della dottrina minoritaria ha ritenuto che la situazione risulta soggetta a soluzione soltanto da parte del legislatore, il quale, ai sensi dell'art. 77, ult. comma, Cost. può «regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti»<sup>57</sup>.

La dottrina dominante, invece, soprattutto per fare fronte ai casi in cui manchi tale indicazione del legislatore, ha rilevato che il principio costituzionale

---

<sup>54</sup> Corte cost., sent. n. 51, 19-22 febbraio 1985, in *Gazz. Uff.*, n. 50, 27 febbraio 1985.

<sup>55</sup> Sul punto per tutti G. FIANDACA, E. MUSCO, op. cit., p. 100 ss.; R. GAROFOLI, op. cit., pp. 284-285.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> In tema T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2017, p. 50 ss.

di irretroattività legge penale presenta una posizione privilegiata rispetto alla previsione di perdita di efficacia del decreto legge e, dunque, per i fatti concomitanti al tempo in cui il decreto risulti in vigore si devono applicare eccezionalmente tali disposizioni se più favorevoli a quelle precedenti<sup>58</sup>.

La tesi che meritevole di accoglimento sembra essere la seconda.

Se pur, infatti, la prima risulta essere quella maggiormente conforme al dettato costituzionale di cui all'art. 77, ult. comma, i predominanti interessi di tutela della libertà personale del reo impongono in questo caso, nel bilanciamento tra valori costituzionali, la prevalenza dell'art. 25 Cost. sull'art. 77 Cost.

La soluzione opposta, infatti, risulterebbe contrastante, oltre con l'art. 25 Cost., anche con un'altra serie di diritti e libertà costituzionali e, in particolare, con gli artt. 2, 3, 13, 24, 27 della Costituzione.

Se si applicasse la legge precedente, al reo non sarebbero assicurate le principali garanzie di libertà personale, nonché un effettivo diritto di difesa e il rispetto del principio di colpevolezza.

Valori costituzionali predominanti, quindi, impongono per i fatti concomitanti l'applicazione al reo delle norme previste dal decreto legge che ha perso efficacia sin dall'inizio.

Un problema simile si è posto in relazione alle sentenze *in malam partem* della Corte costituzionale. Si pensi ad esempio alle norme di favore poi dichiarate incostituzionali.

Ai sensi dell'art. 136, comma 1, della Costituzione, infatti, «Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione»<sup>59</sup>.

Per evitare, tuttavia, che venga meno lo stesso interesse a sollevare la questione, la dichiarazione di incostituzionalità andrà, come è noto, ad impedire

---

<sup>58</sup> Per tutti G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 100 ss.; P. PITTARO, *op. cit.*, p. 264; R. GAROFOLI, *op. cit.*, pp. 284-285.

<sup>59</sup> G. P. DOLSO, *Art. 136*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 1188 ss.



l'applicazione della norma non solo a tutti i rapporti futuri, ma anche a quelli ancora pendenti<sup>60</sup>.

In materia penale, tra l'altro, all' art. 30, comma 4, l. 83/1953, è sancito che «Quando, in applicazione della norma dichiarata incostituzionale, è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali»<sup>61</sup>.

Nella predetta materia, quindi, la dichiarazione di incostituzionalità riguarderà anche i rapporti già esauriti, travolgendone il giudicato di condanna.

Orbene, per i fatti commessi antecedentemente alla entrata in vigore della norma incostituzionale non si pone alcun problema di rispetto del principio di irretroattività della norma penale, né risulta esserci una deroga irragionevole a quello di retroattività favorevole. A tali fatti, quindi, si applicherà la legge del tempo in cui è stato integrato il reato<sup>62</sup>.

Per quelli, invece, commessi durante la vigenza della norma incostituzionale più favorevole, a causa delle medesime ragioni di garanzia già esposte in tema di decreto legge privo di efficacia, occorrerà applicare le disposizioni censurate dalla Corte costituzionale, al fine di non violare il principio di irretroattività della legge penale<sup>63</sup>.

La tesi pare condivisibile.

Il reo, infatti, non potrebbe andare esente da pena, considerato che, ancorché abbia calcolato il proprio comportamento alla luce della norma poi dichiarata incostituzionale, il fatto non rimarrà comunque privo di disvalore penale e continuerà ad essere considerato reato in virtù della legge precedente.

Il reo, tuttavia, sarà garantito dall'applicazione della legge più favorevole, nonostante questa sia stata oggetto di dichiarazione di incostituzionalità, con la quale aveva orientato il proprio comportamento.

---

<sup>60</sup> Cfr., fra gli altri, Ivi, p. 1191 ss.; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, 1997, p. 74 ss.; G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 633 ss.

<sup>61</sup> Ibidem.

<sup>62</sup> Per tutti G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 101 ss. ss.; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 285 ss. Si veda in tema anche quanto si dirà nel Capitolo dedicato al sindacato sulle norme penali operato dalla Corte costituzionale.

<sup>63</sup> Ibidem.

Differente, invece, è il problema allorché, dopo la pronuncia di incostituzionalità, il fatto non costituisca più reato per l'ordinamento; in tale caso, infatti, sarà possibile esperire incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 673 c.p.p. per la revoca della sentenza o del decreto di condanna e l'adozione dei conseguenti provvedimenti.

La dichiarazione di incostituzionalità di una fattispecie criminosa, infatti, accanto all'abrogazione di un reato, rappresenta una delle due più importanti ipotesi previste dall'art. 673 c.p.p. in cui risulta permessa la revoca di una sentenza di condanna o di un decreto penale.

Ulteriori importanti ipotesi di intervento sul giudicato sono previste: nel caso di errore materiale o di fatto (art. 625 c.p.p.); di richiesta di rescissione del giudicato quando il condannato provi di essere stato incolpevolmente assente nel processo per mancata conoscenza dello stesso (art. 629-bis c.p.p.); di revisione del processo (art. 630 c.p.p.); quando manchi il titolo esecutivo o la conoscenza legale del provvedimento che permetta all'imputato di impugnarlo (art. 670 c.p.p.); di revoca di provvedimenti di condanna pronunciati per il medesimo fatto nei confronti di più persone (art. 669 c.p.p.)<sup>64</sup>.

Come abbiamo visto, inoltre, sarà possibile una modifica della pena nei casi di cui all'art. 2, comma 3, c.p., ossia quando il legislatore abbia con una legge sopravvenuta previsto per un reato la sola pena pecuniaria in luogo a quella detentiva.

Sarà, altresì, permessa una modifica della pena, nel caso di palese errore nella determinazione della specie o durata della pena, quando il giudice di cognizione non abbia valutato il punto (artt. 655, 656, 666 c.p.p.); nonché, nel caso in cui il giudice dell'esecuzione, in presenza di più provvedimenti irrevocabili di condanna, proceda ad applicare tra gli stessi la disciplina del concorso formale di reato o quella del reato continuato (art. 671 c.p.p. e 187 disp. att. c.p.p.)<sup>65</sup>.

Esigenze garantiste e di tutela della libertà personale, tuttavia, negli ultimi tempi, hanno indotto la giurisprudenza a superare il giudicato anche in altre ipotesi, in aggiunta ai casi legislativamente previsti.

È in atto, infatti, un processo di erosione del giudicato, da sempre considerato immutabile nella tradizione giuridica occidentale.

---

<sup>64</sup> Per maggiori approfondimenti sul punto, fra gli altri, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2019, pp. 1076-1081.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

Il giudicato, infatti, «inteso come non modificabilità dell'accertamento del fatto storico, della sua attribuzione soggettiva all'imputato, della sua qualificazione giuridica e della pena irrogata»<sup>66</sup>, deve essere bilanciato con altri valori di dignità costituzionale<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Così Ivi, p. 1076,

<sup>67</sup> In tal senso Corte cost., sent. n. 210, 3-18 luglio 2013, in *Gazz. Uff.*, n. 30, 24 luglio 2013 in cui si afferma che L'ordinamento nazionale «conosce ipotesi di flessione dell'intangibilità del giudicato, che la legge prevede nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato. Tra questi, non vi è dubbio che possa essere annoverata la tutela della libertà personale, laddove essa venga ristretta sulla base di una norma incriminatrice successivamente abrogata oppure modificata in favore del reo: «per il principio di eguaglianza, infatti, la modifica mitigatrice della legge penale e, ancor di più, l'abolitio criminis, disposte dal legislatore in dipendenza di una mutata valutazione del disvalore del fatto tipico, devono riverberarsi anche a vantaggio di coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore, salvo che, in senso opposto, ricorra una sufficiente ragione giustificativa» (sentenza n. 236 del 2011). Il legislatore a fronte dell'abolitio criminis non ha ravvisato tale ragione giustificativa e ha previsto la revoca della sentenza (art. 673 cod. proc. pen.), disponendo che devono cessare l'esecuzione della condanna e gli effetti penali (art. 2, secondo comma, cod. pen.); analogamente ha stabilito che «Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135» (art. 2, terzo comma, cod. pen.). A questa Corte compete perciò di rilevare che, nell'ambito del diritto penale sostanziale, è proprio l'ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato. Al giudice comune, e in particolar modo al giudice rimettente, quale massimo organo di nomofilachia compete, invece, di determinare l'esatto campo di applicazione in sede esecutiva di tali sopravvenienze, ovvero della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice (art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87), e, nell'ipotesi in cui tale determinazione rilevi ai fini della proposizione di una questione di legittimità costituzionale, spiegarne le ragioni in termini non implausibili». Sul processo di erosione del giudicato penale in dottrina si vedano F. CALLARI, *La revisione "parziale" della condanna irrevocabile tra assetto tradizionale e sfide della "modernità"*, in *Giur. cost.*, I, 2019, p. 529 ss.; B. NACAR, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, Padova, 2017; C. CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2013; A. PUGIOTTO, *Scoppola e i suoi fratelli (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione)*, in *Riv. AIC*, 4, 2013; G. UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 787 ss.; F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009; G. DEAN, *Ideologie e modelli di esecuzione penale*, Torino, 2004; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 225 ss. Per una disamina a carattere critico di tale tendenza si veda M. BONTEMPELLI, *La resistenza del giudicato alla violazione del principio di legalità penale*, in *Rev. Brasileira de dir. proc. pen.*, 4, 3, 2018, p. 1053 ss.

Alla luce di tale impostazione, quindi, è stata riconosciuta, ad esempio, nel noto caso *Contrada*, così come meglio vedremo nel prosieguo della trattazione, la possibilità di intervenire sul giudicato per revocare la sentenza di condanna emessa in contrasto con il principio di legalità penale europeo sancito dall'art. 7 CEDU, applicando gli artt. 666 e 670 c.p.p., in quanto questione incidente sul titolo esecutivo<sup>68</sup>.

È stata, inoltre, riconosciuta la possibilità – affermata, tra l'altro, anche delle Sezioni Unite della Corte di cassazione nella nota sentenza *Gatto* - di rideterminare la pena in caso di illegittimità costituzionale di una norma penale non incriminatrice, quali sono, ad esempio, le circostanze aggravanti. In tale caso, infatti, non essendo possibile applicare direttamente l'art. 673 c.p.p. previsto per la differente questione dell'incostituzionalità della norma penale incriminatrice, la giurisprudenza ha fatto diretta applicazione dell'art. 30, comma 4, l. 83/1953 che impone, come abbiamo visto, la rimozione degli effetti incostituzionali della condanna<sup>69</sup>.

Così come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, infatti, tra il mito del giudicato penale e la libertà personale, deve prevalere quest'ultima<sup>70</sup>.

Non è stato ammesso, invece, la possibilità di incidere sul giudicato nel caso di mutamento giurisprudenziale favorevole, preso atto - come è stato condivisibilmente ritenuto - che questo rappresenta solo una delle varie interpretazioni che può riguardare una determinata fattispecie di reato<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Cass. pen., Sez. I, n. 43112, 6 luglio-20 settembre 2017 nella quale si afferma che «L'incidente di esecuzione regolato dagli artt. 666 e 670 c.p.p. costituisce strumento appropriato per l'attuazione di una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo quando questa non impone la riedizione del processo per violazione dell'art. 6 della Convenzione, realizzabile con lo strumento della "revisione europea" (C. cost. n. 113 del 2011), ma la mera rimozione degli effetti pregiudizievoli della condanna alla quale il giudice dell'esecuzione è senz'altro abilitato fino a quando non sia esaurito il rapporto esecutivo».

<sup>69</sup> In tal senso Cass. pen., Sez. I, n. 977, 27 ottobre 2010-13 gennaio 2011; Cass. pen., Sez. I, n. 19361, 24 febbraio-22 maggio 2012; Cass. pen., Sez. I, n. 26899, 25 maggio-9 luglio 2012; Cass. pen., Sez. I, n. 40464, 12 giugno-16 ottobre 2012; Cass. pen., Sez. Un., n. 42858, 29 maggio-14 ottobre 2014. *Contra*: Cass. pen., Sez. I, n. 27640, 19 gennaio-11 luglio 2012. In dottrina N. CANZIAN, *Quando è incostituzionale la pena. Illegittimità di norme penali sostanziali non incriminatrici e tutela della libertà personale*, in *Giur. cost.*, 3, 2015, p. 1121 ss.

<sup>70</sup> Corte cost., sent. n. 210, 3-18 luglio 2013, in *Gazz. Uff.*, n. 30, 24 luglio 2013; Cass. pen., Sez. Un., n. 42858, 29 maggio-14 ottobre 2014.

<sup>71</sup> Da ultimo in proposito si veda Cass. pen., Sez. VII., n. 10458, 25 gennaio-11 marzo 2019 in cui si afferma «In tema di esecuzione, la sentenza di condanna passata in giudicato non può essere

Si noti, inoltre, che, così come proposto recentemente in dottrina, sarebbe opportuno intervenire sul giudicato penale nel caso della introduzione nell'ordinamento di una nuova scriminante di reato o di ampliamento del campo di applicazione di una causa di giustificazione già prevista, poiché un determinato fatto già oggetto di sentenza irrevocabile di condanna, in presenza della novella normativa scriminante, viene a perdere il proprio disvalore penale<sup>72</sup>.

Una soluzione differente, inoltre, potrebbe apparire in contrasto con il principio di rieducazione della pena di cui all'art. 27 Cost., considerato che il reo condannato per un fatto scriminato da una legge successiva e, quindi, privo di disvalore penale, potrebbe considerare la condanna come ingiusta e immeritata<sup>73</sup>.

Si pensi, ad esempio, alla modifica della legittima difesa domiciliare intervenuta con l. 26 aprile 2019, n. 36<sup>74</sup> e con la quale è stata ampliato l'ambito dei casi in cui questa risulta essere applicabile rispetto alla disciplina precedente.

In tali casi, quindi, in quanto questione incidente direttamente sul titolo esecutivo, potrebbe applicarsi a nostro avviso la disciplina di cui agli artt. 660 e 670 del codice di procedura penale.

Esigenze di libertà personale lo impongono!

In chiusura è utile anticipare in tale sede che l'intervento sul giudicato è stato ammesso dalla Corte costituzionale anche in tema di sanzioni amministrative sostanzialmente penali, così come qualificate sulla base dei criteri *Engel* della Corte EDU<sup>75</sup>. Il tema, tuttavia, sarà trattato in modo più approfondito in seguito.

---

revocata, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., nell'ipotesi in cui, in assenza di innovazione legislativa ovvero di declaratoria di incostituzionalità, si verifichi un mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale di una disposizione rimasta invariata, in quanto lo stesso non determina alcun effetto abrogativo della disposizione interpretata». Nel medesimo senso, *ex pluribus*, Cass. pen., Sez. II., n. 11076, 19 ottobre 2017-13 marzo 2018; Cass. pen., Sez. I., n. 20476, 24 aprile-16 maggio 2014; Cass. pen., Sez. I., n. 27858, 13 luglio-3 agosto 2006; Cass. pen., Sez. I., n. 27121, 11 luglio-1° agosto 2006. In tema pure Corte cost., sent. n. 230, 8-13 ottobre 2012, in *Gazz. Uff.*, n. 41, 17 ottobre 2012 che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. nella parte in cui esclude il mutamento giurisprudenziale tra le cause di revoca del provvedimento di condanna.

<sup>72</sup> Per una ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale sul punto si veda G. AMARELLI, *La nuova legittima difesa domiciliare tra abolitio criminis e successione di leggi penali nel tempo*, in *La leg. pen.*, 2020, p. 1 ss.

<sup>73</sup> In tal senso Ivi, pp. 24-25.

<sup>74</sup> L. 26 aprile 2019, n. 36, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 102, 3 maggio 2019.

<sup>75</sup> Corte cost., sent. n. 68, 28 gennaio-16 aprile 2021, in *Gazz. Uff.*, n. 16, 21 aprile 2021.

#### 4. Le eccezioni alla legalità: i profili costituzionali della legislazione penale emergenziale

Il principio di legalità, nei vari settori dell'ordinamento, è stato da sempre oggetto di deroga nei periodi di emergenza e il diritto penale non ha rappresentato una eccezione a tale trattamento.

L'emergenza rappresenta la «circostanza improvvisa, imprevista e imprevedibile che determina un pericolo, un danno o una sofferenza che richiede l'assunzione di rimedi immediati, per impedire che le conseguenze peggiorino o si amplifichino»<sup>76</sup>

Si è già visto in precedenza come viene disciplinato il diritto penale in caso di guerra<sup>77</sup>; in questa sede, invece, occorre soffermarsi su altri tipi di emergenza, diverse da quelle legate a fenomeni bellici.

L'emergenza, infatti, ha costituito nel corso della storia motivo di deroga al principio di separazione dei poteri e, per quanto riguarda nello specifico il diritto penale, al principio di legalità, con particolare riferimento ai corollari della riserva di legge e della tassatività<sup>78</sup>.

Fondata sul principio di necessità, giustifica una deroga o sospensione dell'ordine costituito, al fine di salvaguardare lo Stato da pericoli che ne potrebbero compromettere la sua stessa esistenza<sup>79</sup>.

Affermava C. SCHMITT: «Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione»<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> Così I. A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e Potere legislativo*, in *Riv. AIC*, 1, 2021, p. 113.

<sup>77</sup> Cfr. Cap. II, §§ 3.3.; 3.3.1.

<sup>78</sup> Sui rapporti tra Sovranità ed eccezione si vedano le interessanti considerazioni di B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, 2015, pp. 25-30 e 107-114.

<sup>79</sup> Sul principio di necessità come fonte-fatto dell'emergenza e sulla distinzione, anche a livello comparato, tra deroga e sospensione dell'ordine costituito si veda G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, pp. 292-293 e 306 ss.; Sulla necessità come fonte con specifico riferimento all'ordinamento italiano si veda P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2011, p. 108 ss.; G. P. GRASSO, voce *Necessità (stato di)*. *Diritto pubblico*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 866 ss.

<sup>80</sup> C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, in G. MIGLIO, P. SCHIERA (a cura di), Bologna, 1972, p. 33.

Nel diritto romano, pertanto, in caso di emergenza, il Senato adottava il c.d. *senatus consultum de re publica defendenda* (anche detto *senatus consultum ultimum*) con il quale sarebbe risultato possibile assumere qualsiasi decisione utile per la sopravvivenza dello Stato. Si procedeva, infatti, alla dichiarazione dello *iustitium* con l'effetto di comportare la sospensione dell'ordine costituito<sup>81</sup>.

Durante l'epoca della Repubblica, inoltre, nei periodi di crisi, risultava permessa la nomina di un *dictator*, il quale, divenuto l'unico detentore del potere civile e militare, veniva abilitato ad assumere qualsiasi misura per risolvere la situazione di emergenza<sup>82</sup>.

Pure in epoca medievale e moderna l'emergenza ha rappresentato motivo di deroga all'ordine costituito<sup>83</sup>.

La possibilità di derogare alla legge e alla separazione dei poteri è anche presente negli ordinamenti costituzionali ottocenteschi europei.

---

<sup>81</sup> In tema Cfr. I. A. NICOTRA, *op. cit.*, p. 109 ss.; ID., *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021, p. 23 ss.; S. RANDAZZO, *Stato di eccezione, pestilenze e dictatores. L'emergenza "fisiologica" nel diritto pubblico romano*, in S. RANDAZZO, R. MARTINO, V. DONATIVI, A. PANZAROLA, L. LAURETI (a cura di), *Il diritto di fronte all'emergenza. Un percorso interdisciplinare*, Napoli, 2020, p. 303 ss.; F. GIUMETTI, *Il cd. «senatus consultum ultimum»: questioni di costituzionalità tra diritto romano e storiografia moderna*, in *Riv. dir. rom.*, XVI-XVII, I/II, 2016-2017, p. 1 ss.; R. SCEVOLA, *Intorno alla controversa natura del senatusconsultum ultimum e alle sue eventuali connessioni con l'originaria accezione del termine-concetto 'colpo di Stato'*, in *Cahiers Adriana Petracchi. Quaderni di studi storici*, III, 2013, p. 131 ss.; A. GIOVANNINI, *Le senatus consultum ultimum: les mensonges de Cicéron*, in *Athenaeum*, 100, 1/2, 2012, p. 181 ss.; G. PLAUMANN, *Das sogenannte Senatus consultum ultimum, die Quasidiktatur der späteren römischen Republik*. in *Klio*, XIII, 3/4, 1913, p. 321 ss.; C. BARBAGALLO, *Una misura eccezionale dei Romani, il senatusconsultum ultimum*, Roma, 1900.

<sup>82</sup> Cfr. I. A. NICOTRA, *Stato di necessità*, cit., p. 109 ss.; ID., *Pandemia*, cit. p. 23 ss.; S. RANDAZZO, *op. cit.*, p. 303 ss.; C. MASI DORIA, *Poteri, magistrature, processi nell'esperienza costituzionale romana*, Napoli, 2015, p. 12 ss.; ID., *Salus populi suprema lex esto. Modelli costituzionali e prassi del Notstandsrecht nella Res Publica Romana*, in M.F. CURSI (a cura di), *Eccezione e regola. Un dialogo interdisciplinare*, Napoli, 2009, p. 116 ss.; P. CERAMI, G. PURPURA, *Profilo storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, Torino, 2007, p. 83 ss.; G. NICOSIA, *L'ultimo dittatore*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 39, 1997, p. 73 ss.; G. SARTORI, voce *Dittatura*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 356 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, Vol. I, Napoli, 1951, pp. 189-192; 223-231; 375-388; ID., *Storia della costituzione romana*, Vol. II, Napoli, 1954, p. 230 ss.; C. BARBAGALLO, *op. cit.*, p. 7 e p. 130 ss.

<sup>83</sup> In tema, per tutti, si veda l'interessante ricostruzione storica di D. BALESTRACCI, *Stato di assedio. Assediati e assediati dal Medioevo all'età moderna*, Bologna, 2021.

A tal proposito, infatti, con riguardo all'ordinamento italiano, autorevole dottrina dell'epoca sottolineava che, nonostante lo Statuto Albertino non accennasse ad alcuna possibilità per l'Esecutivo di dettare un «diritto eccezionale per causa di necessità pubblica [...] la sua ragione d'essere è troppo obiettiva per potere essere negata. *Salus publica suprema lex*»<sup>84</sup>.

Numerose, infatti, le proclamazioni dello stato di assedio politico nel corso sotto la vigenza dello Statuto Albertino al fine di fronteggiare moti insurrezionali, calamità naturali o altre emergenze<sup>85</sup>.

Lo stato di assedio politico, in particolare, rappresenta «quel regime di emergenza che veniva realizzato nei sistemi costituzionali europei allorché il Governo o, a seconda dei casi, l'esecutivo, emettevano un provvedimento volto a constatare ed a valutare una situazione di particolare pericolo interno per l'ordinamento [...] dichiarandone l'insorgenza, ed assumendo codesta dichiarazione (proclamazione) come presupposto all'emanazione di una serie di provvedimenti eccezionali, risultanti spesso in contrasto con la «legalità» del regime costituzionale»<sup>86</sup>.

Con specifico riferimento al diritto penale, l'impiego di una legislazione eccezionale in presenza di determinate situazioni di crisi ha rappresentato una

---

<sup>84</sup> Così V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1890, p. 185. In tema F. GIUFFRÈ, *Calamità naturali ed emergenza*, in *Dir. e Soc.*, 1, 2001, p. 119 scrive «Lo Stato liberale europeo-continentale manteneva la sua fondamentale e irresistibile unità di volere, che si traduceva in potestà di dominio indivisibile nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento. Tale riserva di sovranità consentiva alla persona giuridica statale di reagire [...] valicando anche i limiti di competenza posti a carico dei suoi organi, nel caso in cui fosse stato in pericolo la sua sopravvivenza, ovvero fosse stata vulnerata la sua capacità di perseguire gli obiettivi istituzionali». In tema pure C. LATINI, *Governare l'emergenza, Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2005.

<sup>85</sup> A titolo di esempio si pensi alle proclamazioni dello stato di assedio della città di Genova del 1849, di Sassari del 1852, della Sicilia e delle province meridionali del 1862, di Palermo del 1866, della Sicilia del 1894, delle città di Milano, Napoli, Firenze e Livorno del 1898, di Messina e Reggio Calabria del 1908.

<sup>86</sup> Così G. MOTZO, voce *Assedio (stato di)*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, p. 252 ss. In tema si veda pure F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Stato di assedio*, in *Nov. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971, p. 290 ss.; G. P. GRASSO, *Figure di stato di assedio negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, in *Il Politico*, XXIV, 2, 1959, p. 327 ss.; ID., *I problemi giuridici dello 'stato di assedio' nell'ordinamento giuridico italiano*, Pavia, 1959; F. FRANCHINI, *Sullo stato di assedio*, Roma, 1943.



costante in tutta la storia italiana, dagli Stati preunitari all'ordinamento dell'Italia unita<sup>87</sup>.

Si pensi, ad esempio, alle leggi eccezionali crispine del 1894 per contrastare i movimenti anarchici<sup>88</sup>, che suscitarono le critiche di parte della dottrina del tempo, in quanto espressione di un Governo che sembrava essersi posto fuori dalla Costituzione con un atto di tirannia<sup>89</sup>.

La tendenza a derogare il principio di legalità formale solo in casi emergenziali ha caratterizzato in Italia anche il periodo fascista. Come abbiamo visto, infatti, nel nostro Paese l'avvento dello Stato totalitario non ha comportato l'affermazione del principio di legalità sostanziale in luogo alla sua concezione formale, così come avvenuto, invece, nel regime nazista e in quello sovietico<sup>90</sup>.

Nell'Italia fascista, a tal proposito, particolare rilievo hanno rivestito gli artt. 214-216 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (TULPS)<sup>91</sup>.

Nei suddetti articoli, ancora oggi in vigore, è previsto il potere del Ministro dell'Interno o, su delega, del Prefetto di dichiarare in caso di disordini lo stato di pericolo pubblico (art. 214), nonché il potere del Prefetto di procedere, all'arresto o alla detenzione di qualsiasi persona al fine di conservare o ristabilire l'ordine pubblico (art. 215). È previsto, altresì, il potere di ordinanza al Ministro dell'Interno con la possibilità di deroga alla legge, la cui trasgressione dà luogo all'arresto non inferiore a un anno o alle altre superiori pene previste

---

<sup>87</sup> Cfr. P. COSTA, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorenti per la storia del pensiero giuridico moderno, Principio di legalità e diritto penale*, I, 36, Milano 2007, p. 13 ss. In tema pure F. COLAO, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento tra «Giustizia penale eccezionale» e «Repressione necessaria e legale [...] nel senso più retto e saviamente giuridico il che vuol dire anche nel senso più liberale»*, in *Quaderni fiorenti per la storia del pensiero giuridico moderno, Principio di legalità e diritto penale*, I, 36, Milano 2007, p. 697 ss.

<sup>88</sup> Ci si riferisce, in particolare, alle l. 19 luglio 1894, nn. 314, 315, 316, in *Gazz. Uff. del Regno d'Italia*, n. 169, 19 luglio 1894. Per un approfondimento a carattere storico sui problemi del tempo che portarono all'adozione delle predette leggi si veda, fra gli altri, P. C. MASINI, *Storia degli anarchici italiani nell'epoca degli attentanti*, Milano, 1981.

<sup>89</sup> In tal senso E. BRUSA, *La giustizia penale eccezionale ad occasione della presente dittatura militare*, in *Riv. pen.*, 1894, p. 447 ss. In tema anche F. COLAO, *op. cit.*, p. 707 ss.

<sup>90</sup> Cfr. Cap. I, § 5.

<sup>91</sup> R.D. 18 giugno 1931, n. 773, in *Gazz. Uff. del Regno d'Italia*, Suppl. ordinario, n. 146, 26 giugno 1931.

dall'ordinamento; la medesima pena, inoltre, è estesa alla trasgressione delle ordinanze prefettizie in materia (art. 216)<sup>92</sup>.

Con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, tuttavia, tali norme appaiono sospette di incostituzionalità, alla luce del principio di legalità in materia penale.

Sembrano violare, infatti, sia il principio della riserva di legge – il quale, come abbiamo visto presenta una natura assoluta o, comunque, tendenzialmente assoluta - che quello di tipicità della legge penale, stante la discrezionalità riconosciuta alle predette autorità durante lo stato di pericolo pubblico<sup>93</sup>.

In secondo luogo, tali poteri eccezionali non sembrano giustificarsi nemmeno alla luce della disciplina prevista dall'ordinamento costituzionale per governare le emergenze<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Per una disamina approfondita sul punto si veda A. IANNUZZI, *Provvedimenti di polizia*, in F. CARINGELLA, O. TORIELLO (a cura di), *Manuale di Diritto amministrativo. Parte speciale*, Roma, 2019, p. 527 ss.; N. GALLI, T. F. GIUPPONI (a cura di), *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, Milano, 2017. Per maggiori approfondimenti in tema di ricorso alle ordinanze nel periodo emergenziale si vedano, per tutti, M. CAVINO, *op. cit.*, p. 361 ss.; E. C. RAFFIOTTA, *Norme di ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziale come fonti normative*, Bologna, 2020.

<sup>93</sup> In tal senso, fra gli altri, M. D'AMICO, G. ARCONZO, *op. cit.*, p. 539; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 100

<sup>94</sup> In letteratura in tema di rapporti tra emergenza e Costituzione si vedano, fra gli altri, E. AFFANNATO, *Lo stato di emergenza e i suoi rimedi*, in *Federalismi*, 3, 2022; O. SPATARO, *Stato di emergenza e legalità costituzionale alla prova della pandemia*, in *Federalismi*, 11, 2022; U. DE SERVIO, *Il contenimento di Covid-19: interpretazioni e Costituzione*, Modena, 2021; R. MANFRELLOTTI, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in *Riv. AIC*, 2, 8 maggio 2021; A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Riv. AIC*, 2, 8 aprile 2021; F. S. MARINI, G. SCIACCA (a cura di), *Emergenza covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2021; AIC (a cura di), *Annuario 2020. Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali. Atti del XXXV Convegno annuale 4 dicembre 2020*, Napoli, 2021; I. A. NICOTRA, *Stato di necessità*, cit., p. 98 ss.; ID., *Pandemia*, cit.; A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Modena, 2020; V. DONATIVI, *Il rafforzamento dei poteri speciali dello Stato ("golden power") nella legislazione di emergenza*, in S. RANDAZZO, R. MARTINO, V. DONATIVI, A. PANZAROLA, L. LAURETI (a cura di), *Il diritto di fronte all'emergenza. Un percorso interdisciplinare*, Napoli, 2020, p. 77 ss.; M. MALVICINI, *Il governo dell'emergenza. Politica, scienza e diritto al cospetto della pandemia Covid-19*, Napoli, 2020; L. A. MAZZAROLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra-ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70, ss., 77 Cost, per

Invero, come sottolineato in dottrina, vi furono delle proposte in seno all'Assemblea costituente provenienti dall'On. LA ROCCA, dall'On FABBRI e dall'On. CRISPO volte ad introdurre delle disposizioni costituzionali riguardanti la proclamazione dello stato di assedio e la sospensione dei diritti e delle libertà fondamentali, ma tali proposte furono poi scartate<sup>95</sup>.

Il costituente, infatti, all'art. 77 Cost., ha previsto per l'occasione l'uso del solo decreto legge, fonte normativa primaria, al fine di contemperare due opposte esigenze: da un lato, la rapidità della decisione da parte dell'Esecutivo per fare

---

*tacer d'altri*, in *Federalismi*, 1, 2020; G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016; G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2, 15 maggio 2015; A. DI GIOVINE, *Emergenza costituzionale*, Milano, 2004; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1984.

<sup>95</sup> Cfr. G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020, p. 542 ss., in cui scrive «Può tornare utile ripercorrere l'iter argomentativo che condusse al conclusivo silenzio dell'Assemblea costituente sul punto. In II Sottocommissione l'on. La Rocca presentò una proposta diretta a dichiarare lo stato d'assedio su decisione solitaria del Capo dello Stato, constatata "la necessità e l'urgenza di una misura straordinaria a garanzia della vita del paese". La proposta era meno innovativa di come appariva perché la sua impostazione era già nella relazione del Ministero per la Costituente, organo consultivo dell'Assemblea, al quale si doveva l'idea di razionalizzare lo stato d'assedio. La Sottocommissione, valutati gli argomenti a favore e contro, rifiutò però l'inserimento della clausola nel progetto in quanto la sua presenza avrebbe dimostrato "che vi [era] la preoccupazione di prevedere certe eventualità e di organizzare certe situazioni di poteri più o meno dittatoriali, che [sarebbero state] in contraddizione con la logica stessa della costituzione". Scartata l'ipotesi di una clausola positiva, si discusse la situazione opposta alla prima, proposta dall'on. Fabbri: il divieto di prevedere lo stato d'assedio in Costituzione e la sospensione delle sue norme. Le critiche dell'on. Mortati smorzarono ogni entusiasmo anche per la formulazione in negativo della clausola perché «o nella Costituzione non se ne debba dir nulla, affidandosi allo svolgimento futuro della prassi, o che si debba autorizzarlo in quei limiti e con quelle garanzie che, pur avendo un valore relativo, costituiranno sempre una remora ad un eventuale abuso». Abbondonati entrambi i modelli, la Commissione dei 75 propose quindi all'Assemblea plenaria un testo privo di clausola emergenziale. La questione fu però ripresa in Aula con l'emendamento Crispo, che contemplava il solo stato d'assedio indicando l'autorità competente a dichiararlo e i necessari poteri. [...] L'Aula rigettò l'emendamento in forza dell'argomento a contrario: sospendere i diritti di libertà equivaleva a sospendere la democrazia; prevedere la clausola era dunque incompatibile con la fisiologica pretesa di ogni testo Costituzionale di durare nel tempo e di presentare alle generazioni future l'identità politico-istituzionale inizialmente scelta e poi esposta a pressioni dalla vicenda emergenziale».

fronte a casi straordinari di necessità ed urgenza; dall'altro, il mantenimento del controllo parlamentare sugli atti normativi del Governo<sup>96</sup>.

Nel nuovo impianto costituzionale, dunque, non pare più permessa la violazione del principio di legalità penale giustificata sulla sola base del principio di necessità.

Per il governo della emergenza, infatti, non sembra esservi altra via se non quella prevista all'art. 77 della Costituzione.

A sostegno di tale impostazione, tra l'altro, il successivo art. 78 Cost., che, come si è visto in precedenza, prevede il controllo parlamentare anche in caso di guerra, emergenza ben più grave.

È stato sottolineato, tuttavia, che le ordinanze del Ministro dell'Interno e del Prefetto non sarebbero delle fonti di diritto penale, ma l'unica fonte è rappresentata dalle disposizioni del TULPS<sup>97</sup>.

Anche a volere accogliere tale tesi, tuttavia, ciò risulterebbe conforme soltanto al principio della riserva di legge in materia penale e non, invece, con quello di tipicità. Le sopracitate norme del TULPS, infatti, appaiono troppo generiche e discrezionali.

---

<sup>96</sup> Sul punto si veda I. A. NICOTRA, *Stato di necessità*, cit., p. 131 in cui si afferma che «La peculiarità della “coppia” di atti (decreto-legge, legge di conversione) tra loro collegati si sostanzia nel fatto che il decreto governativo precede e non segue (l'eventuale) legge di conversione e trova spiegazione nelle ragioni di necessità del provvedere con immediatezza. Al cospetto di una grave calamità naturale il Governo può sostituirsi alle Camere, in quanto l'urgenza di provvedere per far fronte ad un accadimento di eccezionale portata risulta difficilmente compatibile con i tempi parlamentari. Tuttavia, tale sostituzione deve avvenire nella forma della decretazione di urgenza [...]. Il superamento del principio di necessità come fonte-fatto è avvenuto contemplando in anticipo nel Testo costituzionale con il suo inquadramento nella norma sulla decretazione d'urgenza». Sull'art. 77 Cost. si vedano M. CAVINO, *op. cit.*, p. 219 ss.; S. M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2019, p. 271 ss.; M. MALO, *Art. 77*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 706 ss.; A. CELOTTO, E. DI BENEDETTO, *Commento all'art. 77 Cost.*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 1506 ss.; A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto legge*, Milano 2003; A. CELOTTO, *L'abuso del decreto legge*, Padova, 1997; L. PALADIN, *Art. 77*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione. Artt. 76-82. La formazione delle leggi*, Bologna, 1979, p. 42 ss.; C. ESPOSITO, voce *Decreto legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 831 ss. In tema di fonti dell'emergenza si veda anche M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2, 2020, 10 aprile 2020.

<sup>97</sup> In tal senso A. PAGLIARO, voce *Legge penale*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 1044.

Secondo una terza tesi, infine, le suddette norme del TULPS devono ritenersi implicitamente abrogate in seguito all'entrata in vigore della Costituzione<sup>98</sup>.

Ciò posto, occorre osservare, però, che i periodi emergenziali hanno provocato dei problemi in ordine al pieno rispetto della legalità penale anche nella legislazione successiva all'entrata in vigore della Costituzione.

A tal proposito, si pensi alla legislazione emergenziale adottata al fine di contrastare il fenomeno terroristico che ha colpito il nostro Paese a partire dagli anni '70<sup>99</sup>.

Ancorché, infatti, le fattispecie criminose sul punto abbiano valore di legge primaria e siano inserite nella parte del codice penale dedicata ai «Delitti contro la personalità Stato» e, dunque, appaiono rispettare il principio della riserva di legge, queste, spesso, non risultano conformi ai dettami della tipicità, perché formulati in modo volutamente indefinito.

---

<sup>98</sup> Cfr. R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 100.

<sup>99</sup> A tal proposito in G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, Bologna, 2012, p. 5 si afferma «Non si può dire che queste figure di reato, sorte nel contesto dell'emergenza terroristica, siano espressione di una politica criminale moderna e razionale, davvero orientata ad adeguare i delitti politici ai nuovi valori costituzionali. Invero le fattispecie accennate non servono a colmare effettive lacune di tutela [...] ma svolgono soprattutto una funzione *simbolica*: coniando nuovi modelli delittuosi, lo Stato ha cioè inteso innanzitutto assicurare la collettività [...]; nello stesso tempo, lo Stato "democratico" ha voluto munirsi di strumenti repressivi diversi dalle "famigerate fattispecie politiche del codice Rocco [...]" per sottrarsi all'obiezione di fronteggiare le nuove forme di terrorismo con un armamentario punitivo di originario stampo fascista». In proposito si veda pure S. ALEO, *Il modello dello Stato di diritto e l'epistemologia della complessità*, in *Giustizia insieme*, 2020, il quale pone in luce che la legislazione emergenziale degli anni '70 si inserisce in un fenomeno di «destrutturazione» che ha caratterizzato l'intero ordinamento in quegli anni, dalla riforma del diritto di famiglia alle riforme dell'ordinamento penitenziario. Sulla legislazione emergenziale degli anni '70 si vedano S. ALEO, *Istituzioni di diritto penale. Parte speciale*, Vol. 1, Torino, 2021, pp. 69- 104; R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Torino, 2019, p. 3 ss.; R. BARTOLI, *Terrorismo, sicurezza e diritto penale*, in L. FORNI, T. VETTOR (a cura di), *Sicurezza e libertà in tema di terrorismo globale*, Torino, 2018, p. 141 ss.; M. PELLISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in F. PALAZZO, C. E. PALIERO (a cura di), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2010; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 1 ss.; A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la personalità dello Stato*, Torino, 2008; R. MESSINA, *Introduzione allo studio dei delitti contro la personalità interna dello Stato*, Milano, 1981.

Si pensi, ad esempio, alle difficoltà che può incontrare l'interprete nel definire le «finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico» di cui all'art. 270-*bis* del codice penale<sup>100</sup>.

È stata prevista, inoltre, una anticipazione della tutela penale nelle fattispecie in cui vengono puniti meri atti preparatori (ad esempio, istigazione a commettere reati *ex* artt. 302 e 414 c.p.; apologia di delitti *ex* art. 414, comma 3, c.p.), che potrebbe risultare in contrasto con il principio di colpevolezza di cui all'art. 27 della Costituzione, in quanto non espressione di un concreto pericolo per il bene giuridico protetto<sup>101</sup>.

Al fine di ovviare a tali problemi, di conseguenza, la giurisprudenza ha proposto una interpretazione correttiva al riguardo, volta a riportare la legislazione emergenziale nell'alveo della legalità penale e degli altri principi costituzionali in materia, così da punire soltanto i comportamenti che concretamente riescano a porre in pericolo il bene giuridico protetto<sup>102</sup>.

A tal proposito, infatti, la giurisprudenza ha avuto modo di interpretare gli «atti diretti a» (ad es. agli artt. 280 e 280-*bis* c.p.) come «atti diretti e idonei a», al fine di richiedere almeno la sussistenza dei requisiti richiesti dal tentativo di reato di cui all'art. 56 c.p. e, quindi, punire soltanto le condotte che pongano concretamente in pericolo il bene giuridico protetto<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> In tema, per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 1 ss.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 6 ss.

<sup>103</sup> In tal senso in giurisprudenza si veda Cass. pen., Sez. VI, n. 28009, 15 maggio-27 giugno 2014 in cui si afferma «Per l'integrazione dei reati puniti agli artt. 280 e 280-bis cod. pen. è necessario il compimento, per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (dunque costituzionale), di atti idonei diretti in modo non equivoco a provocare gli eventi posti sullo sfondo delle rispettive fattispecie, con un atteggiamento della volontà direttamente mirato alla produzione degli eventi medesimi. In particolare, il delitto di Attentato con finalità terroristiche o di eversione è segnato, sul piano soggettivo, da un doppio finalismo dell'agente. L'azione deve essere anzitutto ispirata dal fine di eversione dell'ordine democratico o da quello, qui rilevante, di terrorismo [...]. Al tempo stesso, l'azione deve mirare a provocare morte o lesioni in danno di una persona, quali avvenimenti strumentali allo scopo. La morte o le lesioni sono dunque gli eventi naturalistici verso i quali si orienta la condotta tipica. È rispetto a tali esiti che va misurata l'idoneità e la univocità degli atti compiuti dall'agente. Ed è rispetto a tali esiti, per tutto quanto si è detto, che deve direttamente (e non eventualmente) dirigersi la volontà dello stesso agente. Analoghe considerazioni vanno svolte, *mutatis mutandis*, quanto al delitto previsto e punito dall'art. 280-bis cod. pen., cioè l'Attentato di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi. Qui l'evento che la condotta deve essere idonea a produrre, e verso il quale deve essere univocamente

Recentemente, inoltre, una nuova emergenza ha fatto avanzare, almeno nel suo stadio iniziale, dei sospetti in ordine al rispetto del principio di legalità in materia penale.

Si fa riferimento alla emergenza sanitaria mondiale dovuta alla diffusione della malattia “Covid-19” e causata dalla circolazione del virus “Sars-Cov-2”.

Il Governo italiano, infatti, al fine di fare fronte all'emergenza pandemica, il 31 gennaio ha dichiarato lo “stato di emergenza” ai sensi del nuovo d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1<sup>104</sup>, con cui era stata abrogata la vecchia normativa in materia prevista dalla legge 24 febbraio 1992, n. 225<sup>105</sup>.

L'intera situazione emergenziale in un primo periodo è stata disciplinata dall'adozione di Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (Dpcm), che rinvenivano il loro presupposto di legittimazione in una fonte primaria: il decreto legge<sup>106</sup>.

Per quanto riguarda la natura del Dpcm occorre avvertire che si tratta, secondo l'opinione prevalente, sostenuta anche dalla Corte costituzionale nel 2021, nonché dal Consiglio di Stato, di un provvedimento amministrativo e non di una fonte normativa *extra-ordinem*<sup>107</sup>.

---

orientata, è il danneggiamento di cose mobili o immobili altrui». Nel medesimo senso, *ex pluribus*, Cass., Sez. I, n. 11344, 10 maggio 1993; Cass., Sez. I, n. 10233, 19 ottobre 1988. In dottrina sul punto, fra gli altri, Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 7 ss.; R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 27.

<sup>104</sup> D.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 17, 22 gennaio 2018. Lo “stato di emergenza”, inizialmente dichiarato per mesi sei, è stato successivamente più volte prorogato e, da ultimo, è prevista la sua durata fino al 31 marzo 2022, così come da proroga operata dal D.l. 24 dicembre 2021, n. 221, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n., 305, 24 dicembre 2021.

<sup>105</sup> L. 24 febbraio 1992, n. 225, in *Gazz. Uff.*, Suppl. ordinario, n. 54, 17 marzo 1992. Per una disamina approfondita della normativa emergenziale sotto la vigenza della l. n. 225/1992, si veda F. GIUFFRÈ, *op. cit.*, p. 111 ss. Per un approfondimento bibliografico sull'emergenza Covid-19 con specifico riferimento al diritto costituzionale si rinvia all'ampia letteratura citata nel presente Capitolo, *sub* nota 94.

<sup>106</sup> Per una visione completa della legislazione emergenziale emanata in seguito alla dichiarazione dello “stato di emergenza” si veda R. GIOVAGNOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, Torino, 2022, p. 63 ss.; M. CAVINO, *op. cit.*, p. 378 ss.

<sup>107</sup> Corte cost., sent. n. 198, 23 settembre- 22 ottobre 2021, in *Gazz. Uff.*, n. 43, 27 ottobre 2021. In tal senso anche Cons. St., Sez. I, parere n. 350, 13 maggio 2021. Nella letteratura si vedano M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza Covid. Lettura di Corte Cost. n. 198/2021*, in *Federalismi*, 25, 2021, p. 81 ss.; I. A. NICOTRA, *Pandemia*, cit., p. 66 ss.; M. RUBECCHI, *I d.P.C.m. della pandemia: considerazioni attorno ad in atto da regolare*, in

Durante l'emergenza pandemica, in particolare, tra le varie limitazioni, ha subito una notevole restrizione la libertà di circolazione e soggiorno prevista dall'art. 16 della Costituzione<sup>108</sup>.

La violazione delle prescrizioni ha comportato l'applicazione di apposite sanzioni.

Tali sanzioni, tuttavia, in un primo momento presentavano natura penale e ciò ha suscitato dei dubbi in ordine al rispetto del principio di legalità e, in particolare della riserva di legge e del corollario della tipicità<sup>109</sup>.

In particolare, nel d.l. 23 febbraio 2020, n. 6<sup>110</sup>, si sanciva che «Allo scopo di evitare il diffondersi del COVID-19, nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus, le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (art. 1, comma 1) e si prevedevano in via esemplificativa una serie di misure adottabili.

---

*Federalismi*, 27, 2021, p. 176 ss.; A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. Cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta online*, 2021, p. 841 ss.; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Riv. AIC*, 1, 18 febbraio 2021; M. CAVINO, *Comitato per la legislazione e d.P.C.M.: il diavolo si cela nei dettagli*, in *Quad. cost.*, 2021, p. 401 ss.

<sup>108</sup> Per un commento sull'art. 16 Cost. dettato in tema libertà di circolazione e soggiorno si veda, per tutti, C. MAINARDIS, *Art. 16*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 127 ss. Per una visione più ampia sul rapporto tra libertà di circolazione e territorio cfr. I. A. NICOTRA, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1995. Con specifico riferimento alle limitazioni alla libertà di circolazione e soggiorno nel periodo dell'emergenza Covid-19 si veda C. SAGONE, *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell'ordinamento regionale*, in *Riv. AIC*, 4, 2020, p. 95 ss.

<sup>109</sup> Sul dibattito si veda, fra gli altri, S. E. GIORDANO, *Covid 19 e il tempo del diritto fra emergenza e transitorietà*, in *Discrimen*, 2020, p. 1 ss.; G. L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *Sistema penale*, 26 marzo 2020. Si veda pure F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti legge*, in *Federalismi*, 1, 2020.

<sup>110</sup> D.l. 23 febbraio 2020, n. 6 conv. con mod. l. 5 marzo 2020, n. 13, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 61, 9 marzo 2020.



Tra queste “tipizzate”, nello specifico, vi erano quelle relative alla libertà di circolazione<sup>111</sup>.

Si specificava, però, che «Le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la

---

<sup>111</sup> L'art. 2, comma 2, del d.l. n. 6/2020 sanciva Tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti: a) divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area; b) divieto di accesso al comune o all'area interessata; c) sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico; d) sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, compresa quella universitaria, salvo le attività formative svolte a distanza; e) sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché dell'efficacia delle disposizioni regolamentari sull'accesso libero o gratuito a tali istituti e luoghi; f) sospensione dei viaggi d'istruzione organizzati dalle istituzioni scolastiche del sistema nazionale d'istruzione, sia sul territorio nazionale sia all'estero, trovando applicazione la disposizione di cui all'articolo 41, comma 4, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79; g) sospensione delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale; h) applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva; i) previsione dell'obbligo da parte degli individui che hanno fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità, di comunicare tale circostanza al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio, che provvede a comunicarlo all'autorità sanitaria competente per l'adozione della misura di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva; j) chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità; k) chiusura o limitazione dell'attività degli uffici pubblici, degli esercenti attività di pubblica utilità e servizi pubblici essenziali di cui agli articoli 1 e 2 della legge 12 giugno 1990, n. 146, specificamente individuati; l) previsione che l'accesso ai servizi pubblici essenziali e agli esercizi commerciali per l'acquisto di beni di prima necessità sia condizionato all'utilizzo di dispositivi di protezione individuale o all'adozione di particolari misure di cautela individuate dall'autorità competente; m) limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto di merci e di persone terrestri, aereo, ferroviario, marittimo e nelle acque interne, su rete nazionale, nonché di trasporto pubblico locale, anche non di linea, salvo specifiche deroghe previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3; n) sospensione delle attività lavorative per le imprese, a esclusione di quelle che erogano servizi essenziali e di pubblica utilità e di quelle che possono essere svolte in modalità domiciliare; o) sospensione o limitazione dello svolgimento delle attività lavorative nel comune o nell'area interessata nonché delle attività lavorative degli abitanti di detti comuni o aree svolte al di fuori del comune o dall'area indicata, salvo specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile, previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3».

diffusione dell'epidemia da COVID-19 *anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1*» (art. 2).

Si prevedeva, infine, che «Le misure di cui agli articoli 1 e 2 sono adottate [...] con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri» (art. 3, comma 1) e che «Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale».

All'art. 650 c.p., come è noto, è sancito che «Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 206».

Orbene, senza volerci in tale sede addentrare per ragioni di economia sul diverso e ampiamente dibattuto problema della legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p.<sup>112</sup>, come si può notare, se il decreto legislativo da un lato tipizza alcuni dei comportamenti che possono costituire oggetto delle restrizioni previste dal Dpcm e la cui violazione può dare luogo alla sanzione di natura penale di cui all'art. 650 c.p., allo stesso tempo lascia per altre misure “atipiche” ampio margine di discrezionalità all'autorità amministrativa.

In proposito, pare che se la sanzione penale prevista per i comportamenti tipizzati direttamente nel decreto legge non abbia comportato alcun problema in ordine al rispetto del principio di legalità, stante la natura primaria di tale fonte, maggiori problemi sembrano siano scaturiti per la previsione della medesima sanzione per i fatti la cui identificazione è rimessa ad atti amministrativi.

La natura della riserva di legge penale, infatti, non ammette, come si è visto, l'intervento in materia né di atti normativi subordinati alla legge – salvo i limiti di specificazione tecnica – né di atti amministrativi (qual è il Dpcm) per dettare fattispecie di reato.

In questo caso, però, l'atto amministrativo sembrava integrare il precetto penale, secondo lo schema delle norme penale in bianco.

Il provvedimento amministrativo pure essendo indicato nella sua denominazione e procedimento di adozione, non risultava mera attuazione di

---

<sup>112</sup> Sul punto si rimanda a G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 58 ss.; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 65 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale I e II*, Milano, 2008, p. 423 ss.; G. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Lineamenti dogmatici e storico costituzionali dell'art. 650 del Codice penale*, Milano, 1970.

obblighi già previsti dalla legge nei loro connotati essenziali, ma godeva di ampia discrezionalità nell'individuarli.

Anche a ritenere, tra l'altro, che la fonte penale non fosse il Dpcm, ma il decreto legge, ciò sembrava comunque porsi in contrasto, sempre con specifico riguardo alle misure atipiche, con il principio di tipicità.

Per le misure tipizzate dal decreto legge, invece, la fonte penale era rappresentata sia da quest'ultimo atto legislativo, che dall'art. 650 del codice penale<sup>113</sup>.

Con l'adozione, tuttavia, del d.l. 24 marzo 2020 n. 19<sup>114</sup> le sanzioni penali per le violazioni delle prescrizioni imposte al fine di fronteggiare l'emergenza sono state sostituite con sanzioni di natura amministrativa, salvo nel caso in cui il fatto integri più grave reato – ad esempio la fattispecie criminosa di epidemia colposa ex art. 452 c.p. – risolvendo, pertanto, i problemi scaturiti di cui si è detto sopra<sup>115</sup>.

Si noti, altresì, che il sopracitato decreto legge non contiene il riferimento relativo alla possibilità di adottare misure “atipiche” rispetto a quelle già espressamente previste, risultando, così, compatibile con il principio di legalità che, ai sensi dell'art. 1 della l. n. 689/1981, si applica anche agli illeciti amministrativi.

Per i fatti commessi prima che intervenisse la depenalizzazione, infine, l'art. 4, comma 8, del d.l. n. 19/2020 ha previsto che «Le disposizioni [...] che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative, si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del presente

---

<sup>113</sup> Per la tesi che rinviene la fonte nell'art. 650 c.p. si veda S. E. GIORDANO, *op. cit.*, p. 5. Per la tesi, invece, che ritiene che l'unica fonte sia il decreto legge in esame e che il richiamo all'art. 650 c.p. sia soltanto *quoad poenam* si veda G. L. GATTA, *op. cit.*, § 3.1.

<sup>114</sup> D.l. 24 marzo 2020, n. 19 conv. con mod. l. 22 maggio 2020, n. 35, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 132, 23 maggio 2020. In particolare, all'art. 4, comma 1, del d.l. citato è sancito «Salvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui all'articolo 1, comma 2, individuate e applicate con i provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 2, commi 1 e 2, ovvero dell'articolo 3, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 1.000 e non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale o da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità, di cui all'articolo 3, comma 3».

<sup>115</sup> In tema R. GIOVAGNOLI, *Diritto penale*, cit., (aggiornamento del 10 aprile 2020), p. 26 ss.; I. PARDO, *Gli illeciti amministrativi, il nuovo reato di infrazione dell'obbligo di quarantena e il delitto di epidemia colposa. Effetti del DL 19/20 su procedimenti e misure in corso*, in *Giustizia insieme*, 28 marzo 2020.

decreto, ma in tali casi le sanzioni amministrative si applicano nella misura minima ridotta alla metà».

Il legislatore, infatti, con la suddetta disposizione transitoria, ha voluto evitare problemi di successione tra la legge penale e l'illecito amministrativo<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> In tema S. E. GIORDANO, *op. cit.*, p. 14 ss., il quale effettua anche una dettagliata ricostruzione della giurisprudenza che si esprime in ordine ai problemi di successione tra illecito penale e amministrativo in seguito ai fenomeni di depenalizzazione.

## CAPITOLO IV

# LE PRESCRIZIONI CEDU ALLA RISERVA DI LEGGE NAZIONALE: IL DIFFICILE RAPPORTO TRA LE “FONTI TRADIZIONALI” E LE “FONTI SOVRANAZIONALI”

SOMMARIO: 1. La rivoluzione europea del principio di legalità in materia penale dal sistema minimo di garanzia alla tutela multilivello. 2. La CEDU nel sistema italiano delle fonti: *storia e prospettive future di un percorso in salita!* 3. Dalla “riserva di legge” alla “riserva di diritto”: nozione e caratteri del concetto di *law* ai sensi dell’art. 7 della CEDU. Questioni di diritto costituzionale. 3.1. I caratteri della “accessibilità” e della “prevedibilità” nella giurisprudenza italiana: i casi *Contrada c. Italia* e *De Tommaso c. Italia*. 4. La nozione autonoma di “materia penale” e le conseguenze sulle sanzioni amministrative sostanzialmente penali nella giurisprudenza europea e nazionale: il problema della confisca e del doppio binario sanzionatorio. 4.1. I riflessi sulla legalità penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale. 5. Obblighi positivi convenzionali di tutela penale e riserva di legge nazionale: dal “reato di tortura” alla “pena dell’ergastolo ostativo”. Un problema di diritti umani.

### **1. La rivoluzione europea del principio di legalità in materia penale dal sistema minimo di garanzia alla tutela multilivello**

Il sistema di tutela dei diritti fondamentali derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo del 1950 nasce, come è noto, al fine di garantire una tutela minima dei diritti dell’individuo in tutti i Paesi europei aderenti.

All’indomani della seconda guerra mondiale, infatti, vi era la necessità che la tutela dei diritti umani rappresentasse la base di ogni ordinamento giuridico europeo, al fine di evitare il ripetersi degli errori commessi fino a qualche anno prima<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Per una panoramica sulle varie questioni che dovette affrontare la Comunità internazionale all’indomani della fine della Seconda guerra mondiale si veda E. DI NOLFO, *Storia delle relazioni internazionali*, Vol. II, Roma-Bari, 2015, p. 5 ss.

A dimostrazione della circostanza che il tema dei diritti fondamentali non fosse ancora così sentito tra i Paesi europei si può qui, ad esempio, ricordare la mancanza di un elenco di tali diritti nella Costituzione francese del 1958, ancora oggi in vigore.

Al di là, infatti, di alcune disposizioni in cui si fa riferimento ai diritti - come il principio di eguaglianza (art. 1) - i diritti fondamentali nella Costituzione francese, rinvengono per lo più espressa menzione soltanto nel Preambolo, in virtù del richiamo alla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789, che ha permesso al *Conseil constitutionnel* con la nota *décision* del 1971<sup>2</sup> il riconoscimento del proprio sindacato di costituzionalità delle leggi anche in ordine al rispetto dei diritti dell'uomo<sup>3</sup>.

Con il passare degli anni, però, la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo è divenuta sempre più sentita negli ordinamenti costituzionali ed europei e il ruolo della CEDU è mutato.

La CEDU, infatti, soprattutto grazie all'opera interpretativa della Corte europea dei diritti dell'uomo, è divenuta una fonte che non assume più il ruolo di garantire un sistema minimo di tutela dei diritti fondamentali laddove necessario, ma quello, ben più importante, di integrare e fare evolvere la tutela di tali diritti nei Paesi aderenti.

In altri termini, i diritti fondamentali della CEDU e l'interpretazione evolutiva datene dalla Corte EDU vengono ad assumere un ruolo di promozione in positivo anche nei Paesi che presentano un proprio sistema costituzionale di garanzia.

La tutela dei diritti fondamentali in Europa, quindi, viene ad essere il frutto di un sistema multilivello di diritti e libertà espressione del rapporto di integrazione tra le fonti nazionali ed europee.

Nell'ambito di tale evoluzione i principi di rango costituzionale del diritto penale hanno subito, al pari di quanto avvenuto in altri rami dell'ordinamento, una autentica "rivoluzione"<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Conseil Constitutionnel, *Décision n. 71-44 DC du 16 juillet 1971*, in *Journal officiel de la République française*, 18 luglio 1971.

<sup>3</sup> Sul punto per maggiori approfondimenti si veda, per tutti, F. VECCHIO, *Diritti e libertà fondamentali*, in T. FROSINI (a cura di), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, 2019, p. 217 ss.

<sup>4</sup> Si veda in tema, oltre quanto si dirà di seguito e alla relativa bibliografia, V. MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PARAVINI, M. ZANOTTI (a cura

Una disamina completa del principio di legalità penale, quindi, impone anche lo studio di come questo sia stato influenzato nella sua interpretazione ed applicazione dall'ordinamento CEDU.

La CEDU, infatti, ha provocato, come vedremo, degli “effetti limitativi” e degli “effetti espansivi” della nostra legislazione penalistica, ai quali il legislatore e la giurisprudenza italiana hanno dovuto adeguarsi, non sempre accogliendo le relative novità di buon grado.

Nel prosieguo della trattazione, inoltre, si vedranno anche le influenze esercitate da parte dell'Unione europea.

Lo studioso moderno del diritto costituzionale – e, in generale, gli studiosi di qualsiasi altro ramo dell'ordinamento - non può più prescindere dall'integrare le proprie ricerche dall'esame delle fonti sovranazionali, capaci oramai di integrare e, se necessario, modificare le fonti nazionali, nonché di “prescrivere” al legislatore nazionale scelte interne a rime obbligate.

Sembra si stia andando, infatti, verso quel “monismo strutturale”, evidenziato già tempo addietro da R. QUADRI, in cui le antinomie normative tendono storicamente a ridursi e che supera la teoria “monista” e quella “dualista” relative ai rapporti tra l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti nazionali<sup>5</sup>.

In altri termini, sembra esservi una tendenza degli ordinamenti interni a conformarsi sempre più a quelli sovranazionali, così da risolvere gli eventuali contrasti, ma che, spesso, impone delle scelte di campo difformi alla tradizione giuridica di appartenenza e al concetto di sovranità nazionale.

---

di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino, 2012, p. 157 ss.; V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.

<sup>5</sup> Cfr. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, p. 51. Per una panoramica su monismo, dualismo e monismo strutturale si veda A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009, pp. 13-19. Nello specifico, per la teoria monista, in base alla quale l'ordinamento nazionale e quello internazionale sono un unico ordinamento e, quindi, le antinomie rappresentano un fenomeno “patologico”, si veda H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, (ed. a cura di A. CARRINO), Milano, 1989. Per la teoria dualista, invece, in base alla quale l'ordinamento nazionale e quello internazionale sono due ordinamenti distinti e le cui antinomie, quindi, sono un fenomeno “fisiologico”, si veda H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899.

## 2. La CEDU nel sistema italiano delle fonti: *storia e prospettive future di un percorso in salita!*

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed ha ricevuto in Italia l'autorizzazione alla ratifica ed esecuzione con l. 4 agosto 1955, n. 848.

È stata adottata in seno al Consiglio d'Europa, organizzazione internazionale istituita a Londra nel 1949, con sede a Strasburgo, a cui aderiscono 47 Paesi europei, sorta con lo «scopo d'attuare un'unione più stretta fra i Membri per tutelare e promuovere gli ideali e i principi che sono loro comune patrimonio e per favorire il loro progresso economico e sociale. [...] [e che] sarà perseguito dagli organi del Consiglio mediante l'esame delle questioni d'interesse comune, la conclusione di accordi e lo stabilimento di un'opera comune nel campo economico, sociale, culturale, scientifico, giuridico e amministrativo e mediante la tutela e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (art. 1, par. 1 e 2, dello *Statuto del Consiglio d'Europa*)<sup>6</sup>.

La CEDU è composta da tre titoli: il Titolo I, dedicato ai «Diritti e Libertà» (artt. 1-18); il Titolo II, dedicato alla «Corte europea dei diritti dell'Uomo», con sede a Strasburgo, che, ai sensi dell'art. 19, è volta ad «assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli» (artt. 19-51); il Titolo III, dedicato alle «Disposizioni varie».

Al testo della Convenzione, a partire dal 1952, sono stati aggiunti 16 Protocolli addizionali, che vanno ad integrare il sistema CEDU.

Mancando per lungo tempo nella Costituzione italiana una norma che si occupasse della questione relativa alla collocazione del diritto internazionale pattizio nel sistema della gerarchia delle fonti – a differenza di quanto avviene per il diritto internazionale generale all'art. 10, comma 1, Cost., che ne ha sancito la “costituzionalizzazione”<sup>7</sup> – si è ritenuto in dottrina e giurisprudenza che la CEDU,

---

<sup>6</sup> Statuto del Consiglio d'Europa adottato a Londra il 05 maggio 1949, reperibile in [www.rm.coe.int/1680306054](http://www.rm.coe.int/1680306054).

<sup>7</sup> Sul punto occorre osservare che R. QUADRI, *op. cit.*, p. 42 ss. ha sostenuto che l'art. 10 Cost. potrebbe applicarsi anche al diritto pattizio in virtù della norma consuetudinaria *pacta sunt servanda* che rappresenta il fondamento di obbligatorietà del diritto internazionale pattizio. La tesi, tuttavia, è rimasta isolata in dottrina.



al pari di qualsiasi altro Trattato internazionale, rivestisse lo stesso rango della legge di esecuzione, ossia valore di fonte primaria<sup>8</sup>.

In base ai criteri di risoluzione delle antinomie tra le fonti, di conseguenza, in caso di entrata in vigore di una legge successiva a quella contenente l'ordine di esecuzione e in contrasto con questa, risultava applicabile in via teorica il criterio cronologico<sup>9</sup>.

Al fine di evitare, tuttavia, problemi di responsabilità internazionale e i vari inconvenienti che poteva provocare una soluzione di questo tipo, gli interpreti avevano proposto di applicare il criterio di specialità, così da fare prevalere la legge con cui si era dato esecuzione al Trattato internazionale sulla legge successiva in contrasto<sup>10</sup>.

Diversa soluzione, invece, così come meglio vedremo nel Capitolo successivo, era stata prospettata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale per i Trattati istitutivi delle Comunità europee (oggi Unione europea), che acquisivano un valore gerarchico superiore a quello della legge ordinaria di esecuzione, in virtù dell'art. 11 della Costituzione (il c.d. principio del primato del diritto dell'Unione europea)<sup>11</sup>.

Ciò premesso, la soluzione alle suesposte questioni relative al problema della corretta collazione tra le fonti dei Trattati internazionali – qual è la CEDU – è avvenuta con la l. cost. n. 3/2001, con cui è stato modificato, nell'ambito di un contesto più ampio di riforma della Parte II della Costituzione, l'art. 117 della Costituzione.

Nel novellato art. 117, comma 1, Cost., infatti, si afferma che «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione,

---

<sup>8</sup> Cfr., fra gli altri, B. GUASTAFERRO, *La Comunità internazionale e lo Stato*, in M. BENVENUTI, R. BIFULCO (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale. La costituzione, il diritto costituzionale, l'ordinamento statale*, Vol. I, Torino, 2022, p. 256 ss.; A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *op. cit.*, p. 233 ss.; E. CANNIZZARO, voce *Trattato (adattamento al)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, 1991, p. 1394 ss.; G. BARILE, *Costituzione e diritto internazionale. Alcune considerazioni generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 1986, p. 951 ss.; R. MONACO, *Diritto internazionale pubblico*, Torino, 1971; A. LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1961; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1959, p. 238 ss.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Sul punto, per tutti, è sufficiente qui rimandare a A. L. VALVO, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2021, p. 257 ss.

nonché dai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»<sup>12</sup>.

Dopo una iniziale critica da parte della dottrina, che aveva sostenuto che la norma si rivolgesse soltanto al riparto di competenze tra Stato e Regioni<sup>13</sup>, la tesi che è prevalsa è quella che vede nella novella normativa l'affermazione del valore di parametro interposto dei Trattati internazionali tra la Costituzione e le leggi<sup>14</sup>.

Tale tesi ha trovato accoglimento anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale e, in particolare, nelle note sentenze gemelle nn. 347 e 348 del 2007, con cui è stata riconosciuta la prevalenza della CEDU sulle fonti primarie interne, sulla base del novellato articolo 117, comma, della Costituzione<sup>15</sup>.

Nelle sentenze gemelle è affermato, però, che:

---

<sup>12</sup> Cfr. A. COSSIRI, *Art. 117*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 1044 ss.

<sup>13</sup> La tesi è stata sostenuta in dottrina facendo soprattutto leva sulla collocazione sistematica della norma, ossia nel Titolo dedicato alle Regioni, alle Province e ai Comuni. A tal proposito E. CANNIZZARO, *La riforma «federalista» della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Forum di Quad. cost.*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2001, afferma «In questo diverso contesto sembra di poter ragionevolmente spiegare la funzione assolta dall'art. 117, 1° comma. Questa disposizione serve ad esplicitare e bilateralizzare il vincolo del rispetto degli obblighi internazionali, che nel preesistente ordinamento - imperniato su un potere tendenzialmente esclusivo dello Stato nei rapporti internazionali - era disposto solo nei confronti delle Regioni. Dato che nel nuovo assetto costituzionale conseguente alla riforma le Regioni dispongono di proprie competenze sul piano esterno, è ragionevole pensare che l'art. 117, 1° comma, abbia proprio la funzione di stabilire che l'assunzione di obblighi internazionali ad opera di ciascuno degli enti titolari di tale potere costituisca un limite di legittimità per l'esercizio di competenze normative interne dell'altro e regolare così l'interferenza fra potestà normativa interna e potere estero. [...] È in questo contesto, essenzialmente, che il meccanismo dell'art. 117, 1° comma, può trovare una idonea collocazione. Esso non disciplina affatto i rapporti fra fonti interne ed obblighi internazionali, né lo potrebbe, data la sua singolare collocazione sistematica. Esso ha semplicemente la funzione di completare il disegno della riforma teso ad assicurare il primato agli obblighi internazionali nei confronti di attività intrusive ad opera di altri enti dotati di competenze normative».

<sup>14</sup> Cfr., fra gli altri, B. GUASTAFERRO, *op. cit.*, p. 256 ss.; M. CAVINO, *Ordinamento giuridico e sistema delle fonti*, in M. CAVINO, L. IMARISIO, *Trattato di diritto costituzionale italiano*, Vol. I, Napoli, 2021, p. 399 ss.; A. BONOMI, *Il "limite" degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, 2008; A. COSSIRI, *op. cit.* p. 1044 ss.; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 201 ss.; R. CALVANO, *La Corte costituzionale "fa i conti" per la prima volta con il nuovo art. 117, comma 1 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 4442 ss.

<sup>15</sup> Corte cost., sent. n. 348, 22-24 ottobre 2007, in *Gazz. Uff.*, n. 42, 31 ottobre 2007; Corte cost., sent. n. 349, 22-24 ottobre 2007, in *Gazz. Uff.*, n. 42, 31 ottobre 2007.

«La CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. Difatti l'art. 32, paragrafo 1, stabilisce: «La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa alle condizioni previste negli articoli 33, 34 e 47». Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, *nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione* [corsivo dell'Autore]»<sup>16</sup>.

La CEDU, quindi, va applicata nell'ordinamento italiano così come risultante dall'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, «ergendosi al rango di vera e propria giurisprudenza-fonte»<sup>17</sup>.

La Corte costituzionale, tuttavia, nel 2009, ha sottolineato che, prima di rilevare il contrasto tra ordinamento nazionale e sovranazionale, il giudice dovrà tentare di risolvere la questione in via interpretativa<sup>18</sup>.

Alla luce di tale novella, dunque, qualora un provvedimento legislativo interno appaia in contrasto con la CEDU, il giudice nazionale dovrà seguire un doppio *iter*: in un primo tempo, dovrà tentare una interpretazione convenzionalmente conforme della norma interna; in secondo tempo, se la strada interpretativa non risultasse percorribile, dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale della disposizione interna al fine di verificare la sua compatibilità con l'art. 117, comma 1, Cost.

Tale percorso, tra l'altro, sarà ulteriormente integrato allorquando l'Italia deciderà di ratificare il Protocollo addizionale alla CEDU n. 16, già entrato in vigore il 1° agosto 2018, con il quale è stato previsto la possibilità per il giudice

---

<sup>16</sup> Corte cost. n. 348/2007, punto n. 4.6 del «Considerato in diritto».

<sup>17</sup> Così A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, Torino, 2020, p. 9. In tema si veda anche R. DE CARIA, *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? L'obbligo per gli stati di «conformarsi alle sentenze definitive della Corte» EDU nella prospettiva italiana*, in *Giur. cost.*, 3, 2009, p. 2191 ss.;

<sup>18</sup> Corte cost., sent. n. 311, 16-26 novembre 2009, in *Gazz. Uff.*, n. 48, 2 dicembre 2009.

nazionale di rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'uomo affinché esprima un parere consultivo non vincolante per l'interpretazione o per l'applicazione dei diritti della Convenzione o dei suoi protocolli<sup>19</sup>.

Una sorta, dunque, di un rinvio pregiudiziale alla Corte EDU, simile al rinvio pregiudiziale effettuato dal giudice nazionale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, competente a pronunciarsi, nei casi dubbi, «a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione» (art. 267, comma 1, TFUE)<sup>20</sup>.

Non potrà procedere, invece, così come si vedrà per il diritto dell'Unione europea, alla diretta disapplicazione della norma interna in contrasto, stante che tale regime peculiare riguarda soltanto tale particolare ambito dell'ordinamento giuridico.

Occorre osservare, però, che, assumendo la CEDU, al pari di qualsiasi altro Trattato internazionale, valore di parametro interposto tra la Costituzione e le fonti di rango primario, nella ipotesi di sospetto di contrasto tra la Convenzione e la Costituzione, dovrà il giudice nazionale sollevare questione di legittimità costituzionale della legge interna di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione, facendo così prevalere l'ordinamento costituzionale italiano su quello sovranazionale<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> In tema B. NASCIMBENE, *La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto*, in *Giustizia insieme*, 2021; C. V. GIABARDO, *Il Protocollo 16 e l'ambizioso (ma accidentato) progetto di una global community of courts*, in *Giustizia insieme*, 2020; E. LAMARQUE, *La ratifica del Protocollo 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*, in *Giustizia insieme*, 2020; A. L. VALVO, *op. cit.*, p. 398 ss.

<sup>20</sup> Sul punto Cfr. A. L. VALVO, *op. cit.*, pp. 300-309 e p. 399.

<sup>21</sup> A tal proposito in Corte Cost. n. 348/2007, punto n. 4.7, del «Considerato in diritto», si rileva che «Quanto detto sinora non significa che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali (*ex plurimis*, sentenze n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 168 del 1991, n. 73 del 2001, n. 454 del 2006) o dei principi supremi (*ex plurimis*, sentenze n. 30 e n. 31 del 1971, n. 12 e n. 195 del 1972, n. 175 del 1973, n. 1 del 1977, n. 16 del 1978, n. 16 e n. 18 del 1982, n. 203 del 1989), ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le “norme interposte” e quelle costituzionali».

Il suesposto descritto impianto, però, ha incontrato un suo importante ridimensionamento con la sentenza della Corte costituzionale, emessa in tema di confisca urbanistica, n. 49/2015<sup>22</sup>, che è pronunciata all'esito di un percorso di temperamento di quanto affermato nelle sentenze gemelle già iniziato, come evidenziato in dottrina, nel 2009 e volto a bilanciare i diritti CEDU con altri interessi costituzionali nazionali (c.d. «margine di apprezzamento nazionale»)<sup>23</sup>.

Nella sentenza della Corte costituzionale del 2015, infatti, è sottolineato che non tutte le pronunce della Corte EDU assumono carattere vincolante, ma soltanto quelle “pilota” e quelle frutto di “diritto consolidato”.

Non tutte le sentenze della Corte EDU, quindi, obbligano il giudice nazionale a risolvere l'eventuale e sospetto contrasto fino a sollevare questione di legittimità costituzionale innanzi alla Consulta.

In particolare, ai sensi dell'art. 61, par. 1, del Regolamento della Corte EDU, «La Corte può decidere di applicare la procedura della sentenza pilota e adottare una sentenza pilota quando i fatti all'origine di un ricorso presentato innanzi ad essa rivelano l'esistenza, nella Parte contraente interessata, di un problema strutturale o sistemico o di un'altra disfunzione simile che ha dato luogo o potrebbe dare luogo alla presentazione di altri ricorsi analoghi»<sup>24</sup>.

La sentenza “pilota”, quindi, risolvendo un problema strutturale dell'ordinamento, deve essere considerata vincolante.

Per quanto riguarda, invece, la nozione di “diritto consolidato”, la Corte costituzionale nella sentenza del 2015 non dà una definizione ben precisa, ma indica una serie di indici dai quali dedurre il non consolidamento – e la conseguente non vincolatività- della giurisprudenza della Corte EDU.

Nel punto 7 del «Considerato in fatto» la Consulta afferma che:

---

<sup>22</sup> Corte cost., sent. n. 49, 14 gennaio-26 marzo 2015, in *Gazz. Uff.*, n. 13, 1° aprile 2015.

<sup>23</sup> Sul punto Cfr. A. MASSARO, *op. cit.*, p. 10 ss. la quale sottolinea che la Corte costituzionale a partire dal 2009 inizia a richiedere il bilanciamento dei diritti CEDU con altri interessi di natura costituzionale, «attraverso l'esplicito riferimento al c.d. *margine di apprezzamento nazionale*». Si veda anche G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Riv. AIC*, 3, 2015; B. RANDAZZO, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea ai fini dell'esecuzione (giudiziarica) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Riv. AIC*, 2, 2015.

<sup>24</sup> *Regolamento della Corte*, 1° gennaio 2020, reperibile in [https://www.echr.coe.int/Documents/Rules\\_Court\\_ITA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ITA.pdf).

«Non sempre è di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all’impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano. Nonostante ciò, vi sono senza dubbio indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano. Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una “sentenza pilota” in senso stretto».

Invero, i caratteri individuati per identificare il “diritto consolidato” vincolante da quello “non consolidato” appaiono intrisi di alta discrezionalità e, di conseguenza, soggette a disomogeneità applicative nelle varie pronunce giurisdizionali nazionali.

Non si capisce, inoltre, in quale momento e dopo quante pronunce simili può considerarsi “consolidata” la giurisprudenza della Corte CEDU.

Si noti, altresì, che quanto statuito dalla Consulta potrebbe provocare una violazione dell’art. 46, comma 1, della CEDU, rubricato «Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze», in cui è sancito che «Le Alte Parti contraenti s’impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte»<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> In particolare, all’art. 46 CEDU è sancito che «1. Le Alte Parti contraenti s’impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte. 2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l’esecuzione. 3. Ove il Comitato dei Ministri ritenga che la sorveglianza di una sentenza definitiva è intralciata dalla difficoltà d’interpretare tale sentenza, esso può investire la Corte affinché si pronunzi su tale questione d’interpretazione. La decisione di investire la Corte è presa con un voto a maggioranza

È chiaro che l'intento dei giudici della Consulta, in tale occasione, è stato quello di porre delle "resistenze nazionali" all'avanzare del processo di influenza sovranazionale europeo, tenendo conto, tra l'altro, che la pronuncia del 2015 è stata emessa in tema di confisca urbanistica applicata a seguito di un procedimento di natura penale, da sempre materia ritenuta di prerogativa esclusiva dello Stato.

La pronuncia, tuttavia, rischia di creare delle disfunzioni in ordine al rispetto degli obblighi internazionali e di provocare sia dei problemi in ordine al corretto rispetto del disposto di cui all'art. 117, comma 1, Cost., che dei problemi di responsabilità internazionale dello Stato.

Soltanto la prassi, tuttavia, ci dirà come si orienterà la giurisprudenza futura e come reagirà la Corte EDU di fronte a tali resistenze nazionali.

Ciò detto, occorre osservare per completezza espositiva che, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 2009, in giurisprudenza ci si è chiesti se la CEDU fosse stata "comunitarizzata" e, di conseguenza, se fosse possibile per il giudice, rilevato il contrasto, procedere direttamente alla disapplicazione della norma interna in contrasto, così come avviene per il diritto dell'Unione europea.

La tesi positiva è stata accolta in un primo momento da parte della giurisprudenza e questa era stata sostenuta in virtù dell'art. 6, par. 2, del TUE in cui è sancito che «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali» e del par. 3 del medesimo articolo in cui si afferma che «i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione [...] fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»<sup>26</sup>.

---

di due terzi dei rappresentanti aventi diritto ad un seggio nel Comitato. 4. Ove il Comitato dei Ministri ritenga che un'Alta Parte contraente rifiuti di attenersi ad una sentenza definitiva in una controversia di cui è parte, esso può, dopo aver messo in mora questa Parte e mediante una decisione adottata con un voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti aventi diritto ad un seggio nel Comitato, investire la Corte della questione dell'osservanza di questa Parte degli obblighi relativi al paragrafo 1. 5. Se la Corte accerta una violazione del paragrafo 1, essa rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché esamini i provvedimenti da adottare. Qualora la Corte accerti che non vi è stata violazione del paragrafo 1, essa rinvia il caso al Comitato dei Ministri, il quale decide di porre fine al suo esame».

<sup>26</sup> In giurisprudenza si veda TAR Lazio, Sez. II bis, n. 11984, 18 maggio 2010 in cui si afferma che «Tra le più rilevanti novità correlate all'entrata in vigore del Trattato, vi è l'adesione dell'Unione alla CEDU, con la modifica dell'art. 6 del Trattato che nella vecchia formulazione conteneva un riferimento "mediato" alla Carta dei diritti fondamentali, affermando che l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi del diritto

La tesi, tuttavia, è stata subito smentita dalla Corte costituzionale nel 2011, che ha continuato a sostenere il necessario ricorso alla questione di legittimità costituzionale in caso di contrasto tra le norme CEDU e quelle interne<sup>27</sup>.

Anche a livello europeo, in aggiunta, si è affermato che l'Unione non ha ancora aderito alla CEDU, considerato che la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha per il momento posto un freno al processo di adesione fornendo un parere negativo al riguardo<sup>28</sup>.

---

comunitario. Nella nuova formulazione dell'art. 6, viceversa, secondo il comma 2 "l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" e, secondo il comma 3, "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell'Unione, osserva il Collegio, ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno». Cons. St., Sez. IV, n. 1220, 2 marzo 2010. In dottrina si veda G. COLAVITTI, C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?*, in *Riv. AIC*, 4, 2010.

<sup>27</sup> Corte cost., sent. n. 80, 7-11 marzo 2011, in *Gazz. Uff.*, n. 12, 16 marzo 2011.

<sup>28</sup> CGUE, Sed. Plen., Par. 2/13, 18 dicembre 2014, in *Raccola generale-Raccola digitale* ECLI:EU:C:2014:2454. Occorre osservare, tuttavia, che l'adesione alla Convenzione di Roma del 1950 costituisce, secondo parte della dottrina che si ritiene di condividere, un mero atto formale, di natura politica e che nella sostanza non sia cambiato molto, in quanto già i Paesi membri dell'Unione europea avevano aderito singolarmente ai principi della CEDU, e non si rendeva necessaria una semifittizia e alquanto surreale doppia adesione. Sempre tale parte di dottrina, inoltre, evidenzia come dall'adesione dell'Unione europea al sistema CEDU derivano vari problemi. Innanzitutto, se ne può rinvenire uno nella commistione di competenze tra Corte di Giustizia e Corte EDU in merito alla sindacabilità degli atti delle Istituzioni dell'Unione, qualora dovessero risultare contrari ad uno dei principi affermati nella CEDU. Si pensi agli atti che ai sensi della Convenzione dovrebbero essere attratti sotto la competenza della Corte EDU, ma che in base ai Trattati risultano sottoposti al giudizio dei giudici di Lussemburgo. Ulteriori problemi potrebbero essere ravvisati in relazione ad un eventuale recesso del singolo Stato membro dal sistema della Convenzione, dato che questo resterebbe comunque vincolato nei confronti di tale sistema ex art. 6 del TUE. Oppure, ancora, in ordine alle riserve alla Convenzione espresse dallo Stato membro nel momento in cui aderì al sistema CEDU. Solo la prassi ci dirà,



Ciò non toglie, tuttavia, che la questione potrà ripresentarsi una volta che tale processo sarà completato.

Il sistema attualmente, dunque, rimane quello delineato dalla Corte costituzionale nelle sentenze gemelle del 2007, con i temperamenti suesposti.

Invero, tuttavia, pare che il sistema possa sottostare, per certi aspetti, ad un ulteriore fenomeno di adattamento.

La tesi è da basare sull'attribuzione da parte dell'art. 6, par. 1, del TUE dello stesso valore giuridico dei Trattati alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che viene così ad assumere rango di fonte primaria e per la quale si applica il primato del diritto dell'Unione europea ai sensi dell'art. 11 della Costituzione.

Nella CDFUE, infatti, all'art. 52, par. 3, si afferma 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».

All'art. 53, invece, è affermato che «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

Tali articoli della CDFUE, infatti, impongono una interpretazione dei diritti ivi sanciti almeno pari a quelli corrispondenti previsti nel sistema CEDU, nonché l'applicazione della norma internazionale, europea o nazionale più garantista nel caso concreto<sup>29</sup>.

---

tuttavia, come saranno risolte tali questioni, preso atto che ancora oggi il processo di adesione non è stato ancora completato. Per maggiori approfondimenti su tale orientamento dottrinale Cfr. A. L. VALVO, *op. cit.*, p. 404 ss. Per una visione generale del processo di adesione si veda, per tutti, M. PARODI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: dinamiche sostanziali e prospettive di riforma*, Napoli, 2020.

<sup>29</sup> Sul sistema di integrazione multilivello tra diritti CEDU, CDFUE e ordinamenti nazionali, fra gli altri, Cfr. R. CONTI, *Cedu e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in *Consulta online*, III, 2020, p. 578 ss.; F. FERRARO, N. LAZZERINI, *Art. 52. Portata e interpretazione dei diritti e dei principi*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S.

Nella CDFUE, quindi, si prende atto del sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali tra fonti nazionali ed europee e si garantisce l'applicazione di quello considerato con una portata più elevata.

È opportuno avvertire, però, che la norma più garantista da applicare trova un limite: quello del primato del diritto dell'Unione europea, così come affermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 2013, nel noto caso *Melloni*<sup>30</sup>.

Orbene, chiarito quanto sopra, pare che si possa affermare che, alla luce del primato del diritto europeo sull'ordinamento italiano, riconosciuto sulla base dell'art. 11 Cost., la disapplicazione sia permessa laddove vi siano diritti sanciti nella CDFUE, che trovano un suo corrispondente nella CEDU.

Questo sarà dovuto sia sulla base dell'art. 52 della CDFUE, in cui si impone di interpretare i diritti della Carta in modo corrispondente al significato e portata attribuita nel sistema CEDU, che sulla base dell'art. 53 CDFUE, in cui è sancita l'applicazione della norma più favorevole tra quella nazionale, europea o internazionale, qualora quella CEDU risultasse assumere la valenza garantista più elevata.

In altri termini, il giudice nazionale, se pur formalmente applicherà la norma dell'Unione europea contenuta nella CDFUE, disapplicando eventualmente quella interna in contrasto, di fatto darà attuazione concreta anche alla corrispondente norma CEDU, senza passare per la via della questione di legittimità costituzionale.

Per tali diritti corrispondenti, quindi, non pare azzardato affermare che la CEDU potrà ben presto vivere una nuova stagione nel sistema delle fonti del diritto

---

ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 1062 ss.; M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI, *Art. 53. Livello di protezione*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 1086 ss.

<sup>30</sup> I giudici di Lussemburgo si sono espressi in tal senso nella nota Sentenza CGUE, C-399/11, 26 febbraio 2013, *Melloni c. Spagna*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2013:107, in cui è affermato, nel punto n. 60, che: «è vero che l'articolo 53 della Carta conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione».

italiano, sia per effetto della futura adesione alla CEDU da parte dell'Unione europea, che per effetto degli articoli 52 e 53 della CDFUE<sup>31</sup>.

Il percorso di adattamento alla CEDU da parte dell'ordinamento nazionale, pertanto, lungi dal potersi considerare sopito, appare essere ancora *"in salita"*. Soltanto la prassi applicativa, tuttavia, potrà confermarci la prevalenza o meno delle *"resistenze nazionali"* rispetto alle *"spinte europee"*.

### **3. Dalla *"riserva di legge"* alla *"riserva di diritto"*: nozione e caratteri del concetto di *law* ai sensi dell'art. 7 della CEDU. Questioni di diritto costituzionale**

Il principio di legalità penale europeo, come già detto, è sancito all'art. 7 della CEDU, rubricato *Nulla poena sine lege*, che recita: «1. 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. 2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

L'art. 7 CEDU rispecchia quanto già affermato all'art. 11 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948<sup>32</sup> ed è uno di quei diritti inviolabili della Convenzione che non ammettono deroghe, il c.d. «nucleo duro»,

---

<sup>31</sup> La tesi è già stata sostenuta in un precedente scritto con riferimento al diritto d'asilo V. TELARO, *Il diritto d'asilo costituzionale: premesse storiche e questioni attuali nel rapporto di integrazione multilivello tra le fonti*, in *Federalismi.it*, 17, 2022, p. 68 ss.

<sup>32</sup> La Dichiarazione universale dei diritti umani è stata adottata il 10 dicembre del 1948 dall'Assemblea Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e all'articolo 11, in particolare, si afferma che Articolo 11 «1. Ogni individuo accusato di un reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie necessarie per la sua difesa. 2. Nessun individuo sarà condannato per un comportamento commissivo od omissivo che, al momento in cui sia stato perpetuato, non costituisca reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non potrà del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso».

al pari del diritto alla vita (art. 2), alla proibizione della tortura (art. 3) e alla proibizione della schiavitù (art. 4)<sup>33</sup>.

L'art. 7 della CEDU, così come affermato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, contiene tutti i corollari della legalità penale<sup>34</sup>.

Contiene, inoltre, come si è già detto in precedenza e a cui qui si rinvia, anche il principio di retroattività favorevole così come affermato a partire dalla sentenza Corte EDU, *Scoppola c. Italia*<sup>35</sup>.

Occorre osservare, tuttavia, che l'art. 7 della CEDU non contiene il corollario della riserva di legge così come lo intendiamo nei sistemi nazionali, in quanto in ambito CEDU ci si preoccupa più della "qualità" della legge anziché dell'organo dalla quale proviene<sup>36</sup>.

Ciò è dovuto, come osservato condivisibilmente in dottrina, al fatto che la Convenzione EDU è volta a proteggere i singoli diritti dell'individuo disinteressandosi della tipica tripartizione dei poteri di cui le Costituzioni nazionali debbono necessariamente tenerne conto<sup>37</sup>.

Di conseguenza, la CEDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non si preoccupano di richiedere che la legge provenga da un organo rappresentativo

---

<sup>33</sup> Cfr. S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 259. In tal senso, in giurisprudenza *ex pluribus* Corte EDU, ricorso n. 36376/04, 17 maggio 2010, *Kononov c. Lettonia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98669>, § 185.

<sup>34</sup> *Ex pluribus* Corte EDU, ricorso n. 36376/04, 17 maggio 2010, *Kononov c. Lettonia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98669>, § 185; Corte EDU, ricorsi nn. 2312/08 e 34179/08, 18 luglio 2013, *Maktouf e Damjanović c. Bosnia-Erzegovina*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122716>, § 65.

<sup>35</sup> Sul punto si rinvia per maggiori considerazioni, anche con riferimento alla "risposta" della giurisprudenza costituzionale italiana al Cap. III, § 3.

<sup>36</sup> Cfr. C. GRANDI, *La riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 86; M. D'AMICO, G. ARCONZO, *Commento all'art. 25 Cost.*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 547; A. BERNARDI, *Art. 7. Nessuna pena senza legge*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, p. 251; M. CHIAVARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 86.

<sup>37</sup> G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2018, p. 1046 ss.

del popolo, ma si soffermano sulle caratteristiche essenziali che la legge penale debba presentare, al fine di meglio tutelare i singoli individui.

La giurisprudenza della Corte EDU ha, infatti, affermato in più occasioni che la *law* penale, rispettosa del principio europeo del *No punishment without law*, non è soltanto quella proveniente dal legislatore, ma anche comprende anche il diritto di fonte giurisprudenziale, purché in entrambi i casi risulti “accessibile” e “prevedibile”.

Il sistema CEDU, infatti, nell’affermare un sistema dei diritti applicabile sia agli ordinamenti di *Civil law*, che quelli di *Common law*, accoglie, in luogo di una “riserva di legge”, una “riserva di diritto”<sup>38</sup>, tale da rivoluzionare il sistema delle fonti nazionale e con cui la giurisprudenza italiana, come vedremo in seguito, ha già dovuto fare i conti<sup>39</sup>.

Non a caso, infatti, in dottrina si è discusso in ordine ad una possibile «*Common law-ization*» del diritto penale italiano<sup>40</sup>.

Per quanto riguarda il formante legislativo, è atto a ricomprendere sia le fonti del diritto nazionale, che quelle derivanti dall’ordinamento internazionale, a patto che siano “accessibili” e “prevedibili”<sup>41</sup>. Si pensi, ad esempio, alle norme incriminatrici sancite nello Statuto di Roma del 1998 con cui è stata istituita la Corte penale internazionale con sede all’Aja<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> In tal senso A. MASSARO, *op. cit.*, p. 97.

<sup>39</sup> A tal proposito V. MANES, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 34 ss.; V. MANES, *Diritto penale*, cit., p. 194 nell’accoglimento all’art. 7 della CEDU sia del diritto di origine legislativa, che giurisprudenziale vede una «fusione di orizzonti» tra sistemi di *Civil law* e quelli di *Common law*. In tema anche F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 42 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 56 ss.

<sup>40</sup> Così V. MANES, ‘*Common law-ization of criminal law*’? *The evolution of nullum crimen sine lege and the forthcoming challenges*, in *New Jour. of Eur. Crim. Law*, 8, 3, 2017, p. 334 ss.

<sup>41</sup> A tal proposito S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 277 osservano che «non è ancora del tutto chiarito in che modo possono costituire base legale ai sensi della disposizione in commento anche le convenzioni internazionali che impongono agli Stati contraenti la penalizzazione di determinati fenomeni. Se, infatti, la lettera dell’art.7 CEDU sembra autorizzare la condanna per un fatto previsto in una fonte internazionale anche in assenza di una specifica incriminazione dell’ordinamento interno, la dottrina più accorta tende a richiedere ai fini del rispetto del principio di legalità un’effettiva trasposizione della fattispecie in una norma nazionale o in una norma sovranazionale direttamente applicabile».

<sup>42</sup> Lo Statuto di Roma è stato adottato il 17 luglio 1998 ed è stata autorizzata la ratifica e l’esecuzione in Italia con l. 12 luglio 1999, n. 232, in *Gazz. Uff.*, Suppl. ordinario, n. 167, 19

Sono da considerarsi reati, inoltre, ai sensi del par. 2 dell'art. 7 CEDU, quei fatti da considerarsi crimini «secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili», paragrafo previsto pensando ai fatti giudicati al Processo di Norimberga. In altri termini, si tratta di crimini particolarmente efferati che possono giustificare una deroga ai corollari della legalità penale accolti all'art. 7, par. 1<sup>43</sup>.

Per quanto riguarda l'accoglimento nel sistema CEDU del diritto di fonte giurisprudenziale, questo è stato più volte affermato dalla Corte di Strasburgo, purché rispetti – al pari di quanto richiesto per il formante legislativo - i caratteri della “accessibilità” e della “prevedibilità”<sup>44</sup>.

---

luglio 1999. La Corte penale internazionale, in particolare, ha competenza per i crimini di genocidio, contro l'umanità, di guerra e di aggressione.

<sup>43</sup> Per maggiori approfondimenti si veda S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 288 ss. In proposito si veda pure V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, p. 262, in cui si afferma, richiamando la giurisprudenza sul punto, «i due commi dell'art. 7 sono da considerarsi collegati e da leggersi in modo sistematico [...] in forza soprattutto di quanto annunciato nei *travaux préparatoires*: da ciò consegue che il comma 1 è da ritenersi norma generale [...] mentre il secondo, diretto derivato dallo Statuto del Tribunale di Norimberga, avrebbe la sola funzione di chiarire l'ambito operativo di tale regola, con lo scopo precipuo non impedire la contestazione degli atroci crimini commessi dal regime nazista». In giurisprudenza, in particolare, si vedano Corte EDU, ricorso n. 268/1957, 20 luglio 1957, *X c. Belgio*, in Raccolta, I, 1957, p. 241; Corte EDU, ricorso n. 36376/04, 17 maggio 2010, *Kononov c. Lettonia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98669>, § 186; Corte EDU, ricorso n. 34854/02, 12 dicembre 2002, *Tess c. Lettonia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-43989>.

<sup>44</sup> Corte EDU, ricorso n. 20166/92, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57965>, § 35, in cui si afferma «The Court thus indicated that when speaking of "law" Article 7 (art. 7) alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written as well as unwritten law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability [...]». Nel medesimo senso Corte EDU, ricorso n. 20190/92, 22 novembre 2015, *C.R. c. Regno Unito*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98669>, § 33; Corte EDU, ricorsi nn. 23566/94 e 24408/94, 8 luglio 1999, *Baskaya c.e Okçuoglu c. Turchia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58276>, § 36; Corte EDU, ricorsi nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, 22 marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59353>, § 50; Corte EDU, ricorso n. 74613/01, 12 luglio 2007, *Jorgic c. Germania*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81608>, §§ 101-109; Corte EDU, ricorso n. 9174/02, 19 settembre 2008, *Korbely c. Ungheria*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88429>, §§ 69-71; Corte EDU, ricorso n. 36376/04, 17 maggio 2010, *Kononov c. Lettonia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98669>, § 185; Corte EDU, ricorsi nn. 2312/08 e 34179/08, 18 luglio 2013, *Maktouf e Damjanović c. Bosnia-Erzegovina*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122716>, § 65.

Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, quindi, il cittadino deve essere posto nelle condizioni di conoscere le norme giuridiche applicabili nel caso che lo riguarda, circostanza da verificare anche in relazione al grado di pubblicità previsto per le norme giuridiche (“accessibilità”) e queste devono essere determinate con sufficiente precisione, al fine di permettere al singolo di decidere come comportarsi e calcolarne le conseguenze (“prevedibilità”)<sup>45</sup>.

La Corte di Strasburgo, dunque, soffermandosi sulla qualità della legge, rivolge particolare attenzione, oltre al grado di pubblicità, al corollario della tassatività e sufficiente determinatezza della norma penale<sup>46</sup>. Ne consegue che questa non possa avere una applicazione retroattiva e né possa essere ammessa l’analogia in *malam partem*<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> A tal proposito in Corte EDU, ricorso n. 6538/74, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584>, § 49 si osserva che «In the Court’s opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression “prescribed by law”. Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice». In tema, con particolare riferimento al parametron del “grado di pubblicità”, Corte EDU, ricorso n. 10461/83, 30 marzo 1989, *Chappel c. Regno Unito*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57459>, § 56. In dottrina, fra gli altri, S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 278-279; V. MANES, M. CAIANIELLO, *op. cit.*, p. 264; A. MASSARO, *op. cit.*, p. 94.

<sup>46</sup> In tal senso anche V. MANES, M. CAIANIELLO, *op. cit.*, p. 264.

<sup>47</sup> Sul divieto di applicazione analogica si veda, *ex multis*, Corte EDU, ricorso n. 14307/88, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57827>, § 52 in cui si legge «The Court points out that Article 7 para. 1 (art. 7-1) of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused’s disadvantage. It also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused’s detriment, for instance by analogy; it follows from this that an offence must be clearly defined in law. This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts’ interpretation of it, what acts and omissions will make him liable». Si veda pure Corte EDU, ricorsi nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, 22 giugno 2000, *Coème e*

Si badi, però, che il grado di precisione e prevedibilità della legge non deve essere ricavato soltanto dalla legge scritta, ma anche, in linea con la “riserva di diritto” in luogo della “riserva di legge” di cui all’art. 7 CEDU, dall’opera “legislativa-interpretativa” del giudice, il quale avrà un ruolo determinante sia negli ordinamenti di *Common law*, che in quello di *Civil law*<sup>48</sup>.

In tale contesto, quindi, anche una legge penale non definita in modo puntuale in un sistema di *Civil law* può essere considerata rispettosa del principio di legalità europeo, purché questa venga chiarita e precisata da parte della giurisprudenza.

Il grado di precisione della legge penale, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, va valutato in base a criteri oggettivi (ad esempio, la formulazione del testo, il grado di stabilità della giurisprudenza nell’interpretare la norma) e soggettivi (ad esempio, le caratteristiche personali del soggetto agente, il grado di scolarizzazione, la professione, l’ambiente sociale dal quale proviene)<sup>49</sup>.

Sembrano, dunque, essere richiamati quei criteri oggettivi e soggettivi in base ai quali deve valutarsi nel nostro ordinamento l’ignoranza della legge penale non evitabile e, quindi, scusabile, elaborati in seguito alla nota sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988 con cui è stato dichiarato parzialmente illegittimo l’art. 5 del codice penale per violazione degli artt. 3 e 27, commi 1 e 3, Cost.<sup>50</sup>.

---

*altri c. Belgio*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59194>, § 96. In dottrina S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 280 ss.

<sup>48</sup> Cfr. A. MASSARO, *op. cit.*, p. 96.

<sup>49</sup> Cfr. Corte EDU, ricorso n. 10890/84, 28 marzo 1990, *Groppera Radio AG ed altri c. Svizzera*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57623>, § 68; Corte EDU, ricorso n. 50425/06, 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106680>, § 53 in cui si afferma «a Cour rappelle enfin que la portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s’agit, du domaine qu’il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires (voir, mutatis mutandis, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, 28 mars 1990, § 68, série A no 173). La prévisibilité de la loi ne s’oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d’un acte déterminé (voir, parmi d’autres, *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, 13 juillet 1995, § 37, série A no 316-B). Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d’une grande prudence dans l’exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d’eux qu’ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu’il comporte». Cfr. A. MASSARO, *op. cit.*, p. 97 ss.; D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure, Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, p. 211 ss.

<sup>50</sup> Corte cost., sent. n. 364, 24-30 marzo 1988, in *Gazz. Uff.*, n. 13, 30 marzo 1988. La questione è stata già trattata in V. TELARO, *Mandato d’arresto europeo e rispetto dei diritti fondamentali*,



Delineati i profili essenziali del principio di legalità penale europeo, appare opportuno procedere ad alcune considerazioni.

È da notare, infatti, che il principio di legalità europeo sembra presentare dei profili di possibile contrasto con il principio di riserva di legge in materia penale di cui all'art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione italiana.

Tra le principali ragioni della riserva di legge in materia penale, come si è visto, vi è quella di deputare le scelte in materia di libertà personale solo ad organi democraticamente eletti dai cittadini.

Pur ammettendo, dunque, da parte della CEDU, un possibile rafforzamento in alcuni casi dei profili della irretroattività e tipicità, nonché del divieto di analogia in *malam partem*, non ci si può esimere dal rilevare che, la possibilità che le fattispecie di reato provengano o vengano meglio definite dall'opera in ambito penale "legislativa-interpretativa" della giurisprudenza, rischia di comportare una violazione del principio della separazione dei poteri su cui si regge il nostro ordinamento.

Anche a volere ammettere in via ipotetica, infatti, che il "governo degli uomini" potrebbe in alcuni casi essere migliore del "governo della legge" – smentendo, dunque, le conclusioni di ARISTOTELE viste in precedenza – ciò non toglie che la giurisprudenza della Corte EDU sul punto sembra porsi in netto

---

Enna, 2015, p. 52 in cui si afferma «L'art. 5 del c.p. sancisce che «nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale», con questa disposizione il legislatore ha voluto affermare che nessuno, nel momento in cui commette un dato comportamento, può invocare a propria difesa il fatto che non fosse a conoscenza che il comportamento da lui tenuto costituisse reato. Tale articolo è stato dichiarato parzialmente illegittimo, dalla sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988, «nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza incolpevole». La Corte in particolare ha richiesto, come ulteriore criterio di imputazione soggettivo, la possibilità di conoscere la legge penale. La dottrina, sulla base delle indicazioni desumibili dalla stessa sentenza, ha elaborato alcune teorie per individuare i criteri a cui il giudice deve attenersi per valutare se il precetto penale fosse conoscibile, evitabile e perciò inescusabile oppure non fosse conoscibile, inevitabile e dunque scusabile. A tal proposito la dottrina ha distinto: a) criteri soggettivi puri, che fanno riferimento prevalentemente alle caratteristiche personali del soggetto agente, come il livello di intelligenza e maturazione della personalità, grado di scolarizzazione, ambiente sociale di provenienza ecc.; b) criteri oggettivi puri, che tengono conto di cause che rendono impossibile la conoscenza del precetto penale da parte dei consociati, indipendentemente dalle caratteristiche personali, come un dato normativo tautologico, un repentino cambiamento della giurisprudenza che inizia a considerare reato, ciò che prima non era tale ecc.; c) criteri misti, che tengono conto contemporaneamente sia delle caratteristiche soggettive del soggetto che delle circostanze oggettive che inducono ad ignorare la legge penale». In tema, per tutti, anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, pp. 396-407.

contrasto alle scelte – “giuste” o “sbagliate” non importa – su cui tradizionalmente si basa il nostro impianto costituzionale.

L'affermazione che anche il giudice, organo non elettivo nell'ordinamento italiano, possa dettare legge, infatti, rischia di provocare una ulteriore erosione della riserva di legge in materia penale, così come intesa nel diritto italiano.

Si pensi, infatti, ai problemi che potrebbero scaturire qualora trovasse accogliamento in Italia, facendo leva sul diritto europeo, la tesi vista in precedenza, per ora minoritaria e smentita puntualmente in giurisprudenza, della possibilità di superare il giudicato di condanna in caso di mutamento giurisprudenziale favorevole<sup>51</sup>.

In tale caso, il nostro sistema basato tradizionalmente sulla netta separazione tra il potere legislativo e potere giudiziario, verrebbe rivoluzionato, sposando caratteri tipici degli ordinamenti di *Common law*, da sempre considerati appartenenti a famiglie giuridiche diverse e studiati nell'ambito della c.d. macrocomparazione<sup>52</sup>.

Si tenga conto, altresì, che, se giudice e legislatore possono coincidere, qualora la legge penale non risultasse sufficientemente precisa e necessiterebbe di un intervento “legislativo-interpretativo” della giurisprudenza, da quale momento l'autore del fatto potrebbe iniziare a considerare il proprio comportamento in violazione del precetto penale? In altri termini, da quale momento il fatto, delineato per sommi capi dalla legge, diverrebbe punibile per opera della giurisprudenza?

La delimitazione tra fatto punibile e fatto non punibile diviene così labile, fondata su confini instabili, causando problemi di calcolabilità delle proprie azioni, prendendo atto che negli ordinamenti di *Civil law*, a differenza di quanto accade in quelli di *Common law*, non esiste una cultura del precedente e, di conseguenza, delle regole precise in ordine alla vincolatività dello *stare decisis*.

---

<sup>51</sup> Sul punto si veda Cap. 3, § 3. In giurisprudenza Corte cost., sent. n. 230, 8-13 ottobre 2012, in *Gazz. Uff.*, n. 41, 17 ottobre 2012; Cass. pen., Sez. VII., n. 10458, 25 gennaio-11 marzo 2019; Cass. pen., Sez. II., n. 11076, 19 ottobre 2017-13 marzo 2018; Cass. pen., Sez. I., n. 20476, 24 aprile-16 maggio 2014; Cass. pen., Sez. I., n. 27858, 13 luglio-3 agosto 2006; Cass. pen., Sez. I., n. 27121, 11 luglio-1° agosto 2006.

<sup>52</sup> La distinzione terminologica tra *microcomparazione* (lo studio di sistemi appartenenti a medesime famiglie giuridiche) e la *macrocomparazione* (lo studio di sistemi appartenenti a famiglie giuridiche diverse) è stata proposta per la prima volta da R. DAVID nel corso di un seminario tenutosi nell'anno 1953 presso l'Istituto Universitario di Studi Europei di Torino. Sul punto, per maggiori approfondimenti, si veda R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in R. SACCO (a cura di), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1992, p. 20 ss.

Tutto risulterebbe sottoposto alla mera discrezionalità giudiziaria e alla sensibilità dell'organo giudicante, con buona pace del principio della separazione dei poteri.

Diverso, invece, è il caso del mutamento giurisprudenziale sfavorevole in presenza di una legge penale scritta già chiara e precisa in tutti i suoi elementi.

In questa circostanza, infatti, stando alle categorie giuridiche del nostro ordinamento, rappresentando l'opera interpretativa della fattispecie soltanto una delle possibili interpretazioni della norma già determinata specificamente *ex ante* dal legislatore, nessun problema di calcolabilità delle proprie azioni potrebbe avere l'autore del fatto.

Partendo dalle categorie giuridiche assunte in ambito CEDU, invece, e considerando il giudice come possibile autore della legge, il mutamento giurisprudenziale sfavorevole potrebbe comportare delle conseguenze anche in ordine alla punibilità di fatti già specificamente dettagliati dalla fattispecie criminosa<sup>53</sup>.

A mutare, infatti, non sarebbe meramente l'interpretazione, ma la legge stessa!

In questo caso non rimarrebbe al giudice nazionale che una scelta: violare il diritto europeo e punire il reo, sollevando, eventualmente, questione di legittimità costituzionale della legge italiana di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione della CEDU, perché sospetta di contrasto con un principio costituzionale; oppure dare attuazione al diritto europeo, evitando una eventuale responsabilità internazionale dello Stato, ma rischiando la violazione del dettato costituzionale.

Il problema, inoltre, andrebbe affrontato anche alla luce del sistema multilivello dei diritti fondamentali delineato dall'art. 53 della CDFUE, che, come

---

<sup>53</sup> Sul punto si veda Corte EDU, ricorso n. 42750/09, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-127697>, § 117, in cui è stata ritenuta una violazione dell'art. 7 CEDU l'applicazione di un'interpretazione della legge maggiormente sfavorevole rispetto al tempo del commesso fatto perché imprevedibile. In tema A. VALENTINO, *Il mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e gli effetti nell'ordinamento interno*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, p. 94 ss. Differente, invece, è il caso *Contrada*, in cui, come si vedrà meglio di seguito, di fronte a una legge non precisa, un mutamento giurisprudenziale ha comportato la condanna dell'imputato da parte dei giudici italiani, che poi è stata ritenuta contraria alla Convenzione dalla Corte EDU perché imprevedibile.

si è visto, impone l'applicazione della norma nazionale, europea o internazionale maggiormente garantista nel caso concreto.

Quale sarebbe, infatti, il principio di legalità penale maggiormente garantista? Quello frutto della volontà degli organi democraticamente eletti oppure quello che ammette la produzione di leggi anche da parte degli organi giurisdizionali?

La risposta, a meno che non ci si voglia affidare di volta in volta al caso concreto e alla sensibilità del singolo decisore pubblico, non può che basarsi sulle singole scelte di fondo su cui si fonda l'ordinamento giuridico di riferimento.

L'ordinamento italiano – a torto o a ragione non importa – ha scelto di operare in un contesto in cui si applica in modo tendenzialmente rigoroso il “governo della legge” e il principio della separazione dei poteri, nel quale una delle ragioni della riserva di legge in materia penale è quella di deputare le scelte in materia di libertà personale agli organi eletti dal popolo<sup>54</sup>.

Assumendo, di conseguenza, tale prospettiva, i suddetti parametri di riferimento – in altri termini, le scelte di fondo operate dall'ordinamento - non si può non considerare la legge scritta maggiormente “garantista” rispetto a quella proveniente dalle pronunce giurisdizionali. In caso contrario, l'intero sistema potrebbe subirne enormi conseguenze, rischiando l'applicazione di regole tradizionalmente non appartenenti alla nostra cultura giuridica in un ordinamento pensato per fare da sfondo a principi e norme completamente differenti. Si permetta la provocazione: il caos!

L'alternativa allora sembra essere soltanto la seguente: o si prende atto dell'avanzata di fatto della commistione delle categorie giuridiche tra gli ordinamenti di *Common law* e quelle di *Civil law* e si regola, di conseguenza, il fenomeno; oppure occorre ritornare ad applicare in modo rigoroso le regole pensate per la nostra tradizione giuridica e porre dei limiti all'avanzata del diritto europeo.

In caso contrario, si rischia l'incertezza del diritto e la dissociazione tra forma e sostanza, tra stabilità di facciata e instabilità di fatto.

---

<sup>54</sup> In tema si veda anche D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 13 luglio 2015.

La questione, tuttavia, sarà approfondita ulteriormente in seguito, quando ci si occuperà delle considerazioni conclusive che saranno svolte in ordine ai vari “sintomi” di erosione della riserva legge penale.

### **3.1. I caratteri della “accessibilità” e della “prevedibilità” nella giurisprudenza italiana: i casi *Contrada c. Italia* e *De Tommaso c. Italia***

La rivoluzione europea del principio di legalità in materia penale non ha tardato a provocare delle reazioni nella giurisprudenza italiana, la quale ha cercato di bilanciare le esigenze di attuazione del diritto europeo con quelle relative alla sovranità nazionale.

La materia penale, infatti, rappresenta uno degli ultimi baluardi della sovranità dello Stato, quella che maggiormente interessa gli interessi del cittadino, e, pertanto, le influenze derivanti dal diritto europeo non vengono sempre accolte di buon grado a livello nazionale. Ciò, di conseguenza, ha indotto la giurisprudenza italiana a porre dei limiti all’avanzare del diritto europeo, che, tuttavia, non sempre appaiono del tutto conformi alle prescrizioni sovranazionali.

Noti esempi a tal proposito sembrano essere il caso *Contrada* e il caso *De Tommaso*, in occasione dei quali l’Italia ha reagito con un atteggiamento diverso, ragion per cui si ritiene qui opportuno esaminare. Nel primo caso ha reagito con una posizione di minore apertura rispetto al diritto europeo; nel secondo, invece, la questione è stata risolta con una visione maggiormente favorevole verso il rispetto degli obblighi sovranazionali.

Nei suddetti casi, infatti, si è discusso dei riflessi in Italia dei concetti europei della “riserva di diritto”, di “accessibilità” e “prevedibilità”, questioni che, per l’importanza che rivestono, hanno indotto a pronunciarsi anche la Corte costituzionale e la Corte di cassazione a Sezioni Unite e che, nonostante ciò, risultano talvolta appartenere ad un dibattito non ancora sopito.

Per quanto riguarda il primo caso, Bruno CONTRADA, funzionario di polizia e membro del SISDE, condannato in Italia per concorso esterno in associazione di stampo mafioso in relazione a fatti avvenuti dal 1979 al 1988, ricorre nel 2013 alla Corte EDU per una possibile violazione della art. 7 CEDU<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> In tema, fra gli altri, si veda 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. e proc. pen.*, 1, 2016; S. E. GIORDANO, *Il “concorso esterno” al vaglio della Corte EDU: prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in *Arch. pen.*, 2, 2015, p. 1

In particolare, il ricorrente lamentava il fatto che il reato per cui era stato condannato risultava essere il frutto di una evoluzione giurisprudenziale successiva alla commissione dei fatti.

La Corte EDU, di conseguenza, nella sentenza che ha pronunciato sul caso, ha verificato se il reato di concorso esterno in associazione mafiosa avesse all'epoca dei fatti una base legale sufficientemente chiara nell'ordinamento italiano<sup>56</sup>.

A tal proposito, la Corte, dopo avere richiamato i connotati del principio di legalità penale europeo, sottolineando che un reato può trovare la sua base legale sia nel diritto positivo, che in quello giurisprudenziale, rileva che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa è stato oggetto di un percorso travagliato nella giurisprudenza italiana.

Il reato in questione, infatti, è stato oggetto di numerose pronunce della giurisprudenza tra gli anni '80 e gli anni '90 del secolo scorso, nelle quali, talvolta, è stato riconosciuto sulla base del combinato disposto di cui agli artt. 110 e 416-bis c.p., e, talvolta, al contrario, ritenuto non previsto dall'ordinamento<sup>57</sup>.

Per tale ragione, i giudici della Corte di Strasburgo sostengono nella sentenza che il reato rinviene una base legale sufficientemente chiara soltanto a partire da una pronuncia a Sezioni Unite della Corte di cassazione del 1994, nel caso *Demistry*<sup>58</sup>.

---

ss.; D. PULITANÒ, *op. cit.*, 13 luglio 2015; O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 12 giugno 2015.

<sup>56</sup> Corte EDU, ricorso n. 66655/13, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-154480>.

<sup>57</sup> A tal proposito i giudici di Strasburgo, ai §§ 67 e 68 della sentenza scrivono «L'analisi della giurisprudenza citata dalle parti (si vedano i paragrafi 26-30 *supra*) dimostra che la Corte di cassazione ha menzionato per la prima volta il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nella sua sentenza Cillari, n. 8092 del 14 luglio 1987. Nel caso di specie, la Corte di cassazione ha contestato l'esistenza di un tale reato e ribadito questa posizione in altre sentenze successive, in particolare Agostani, n. 8864 del 27 giugno 1989 e Abbate e Clementi, nn. 2342 e 2348 del 27 giugno 1994. 68. Nel frattempo, in altre cause, la Corte di cassazione ha riconosciuto l'esistenza del reato di concorso eventuale in associazione di tipo mafioso (si vedano la sentenza Altivalle, n. 3492, del 13 giugno 1987 e, successivamente, Altomonte, n. 4805 del 23 novembre 1992, Turiano, n. 2902 del 18 giugno 1993 e Di Corrado, del 31 agosto 1993)».

<sup>58</sup> Cass. pen., Sez. Un., n. 16, 5 ottobre 1994;

È soltanto con tale sentenza, infatti, che in Italia viene definitivamente chiarita la possibilità di incorrere nel reato di concorso esterno in associazione mafiosa, che si verifica quando il reo, pur non entrando a far parte in modo stabile dell'associazione, contribuisce al suo potenziamento, consolidamento o mantenimento in vita del sodalizio<sup>59</sup>.

Da tale momento, tra l'altro, il reato, ad eccezione che nel caso *Vilecco*<sup>60</sup>, è stato ripetutamente riconosciuto e, in particolare, nei casi a Sezioni Unite *Carnevale*<sup>61</sup> e *Mannino*<sup>62</sup>.

Alla luce di quanto osservato, la Corte EDU ha sostenuto nella propria sentenza che il reato contestato a Bruno CONTRADA non risultasse avere una base legale sufficientemente chiara all'epoca della commissione dei fatti e, pertanto, non essendo prevedibile secondo i criteri della legalità europea, ha riscontrato una violazione dell'art. 7 della CEDU.

I giudici di Strasburgo, inoltre, nella sentenza hanno affermato che a nulla valga che il concorso esterno fosse stato già riconosciuto a partire dalla fine degli anni '70 nella giurisprudenza italiana con riferimento all'associazione di tipo terroristico, stante la diversità tra le due situazioni<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Per maggiori approfondimenti sul punto, per tutti, R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Molfetta, 2018, p. 1286 ss.

<sup>60</sup> Cass. pen., Sez. VI, n. 3383, 21 settembre 2001;

<sup>61</sup> Cass. pen., Sez. Un., n. 22327, 30 ottobre 2002, 21 maggio 2003;

<sup>62</sup> Cass. pen., Sez. Un., n. 33748, 12 luglio-20 settembre 2005. Per un commento alle citate sentenze si veda, per tutti, I. GIUGNI, *Il problema della causalità nel concorso esterno*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 10, 2017, p. 21 ss.

<sup>63</sup> Nella sentenza, in particolare, al § 71 si afferma: «Inoltre, la Corte considera che il riferimento del Governo alla giurisprudenza in materia di concorso esterno, che si è sviluppata a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso, ossia prima dei fatti ascritti al ricorrente (si veda il paragrafo 50 *supra*), non tolga nulla a questa constatazione. Le cause menzionate dal governo convenuto riguardano certamente lo sviluppo giurisprudenziale della nozione di «concorso esterno». Tuttavia, i casi evidenziati non riguardano il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, che è oggetto del presente ricorso, ma dei reati diversi, ossia la cospirazione politica attraverso la costituzione di una associazione e gli atti di terrorismo. Pertanto, non si può dedurre dallo sviluppo giurisprudenziale citato l'esistenza nel diritto interno del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, che si differenzia per la sua stessa sostanza dai casi menzionati dal Governo, e che, come sopra ricordato, (paragrafi 29 e 30 *supra*), è stato oggetto di uno sviluppo giurisprudenziale distinto e posteriore rispetto a questi ultimi.

All'indomani della sentenza *Contrada* della Corte EDU, tra gli interpreti sorse il dubbio in ordine allo strumento processuale da adoperare per eseguire in Italia il *decisum*.

A tal proposito, furono proposte due soluzioni<sup>64</sup>.

Un primo orientamento, infatti, sostenevano che lo strumento processuale da utilizzare fosse l'incidente di esecuzione di cui all'art. 673 del codice di procedura penale. Come abbiamo visto, però, tale strumento è attivabile soltanto per la revoca della sentenza o del decreto penale di condanna in caso di abrogazione o di dichiarazione di incostituzionalità del reato. Per tale motivo, i sostenitori del suddetto orientamento ritenevano che la norma dovesse essere dichiarata incostituzionale nella parte in cui non includeva la revoca della sentenza o del decreto penale di condanna per violazione del diritto CEDU oppure doveva essere soggetta ad una interpretazione convenzionalmente orientata.

Secondo un secondo orientamento, invece, lo strumento processuale da adoperare era quello della c.d. revisione europea, di cui all'art. 630 c.p.p., così come risultante dalla dichiarazione di incostituzionalità, avvenuta con sentenza della Corte costituzionale n. 113/2011, «nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo»<sup>65</sup>.

La questione, tuttavia, è stata risolta dalla giurisprudenza della Cassazione quando si è espressa sul caso *Contrada*<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Entrambi gli orientamenti sono ben esposti, fra gli altri, in A. MASSARO, *op. cit.*, p. 106 ss.; R. GAROFOLI, *op. cit.*, pp. 52-53; P. MAGGIO, *Nella "revisione infinita" del processo Contrada i nodi irrisolti dell'esecuzione delle sentenze CEDU e del concorso esterno nel reato associativo*, in *Cass. pen.*, 9, 2016, p. 3424 ss.; S. E. GIORDANO, *op. cit.*, p. 21.

<sup>65</sup> Corte cost., sent. n. 113, 4-7 aprile 2011, in *Gazz. Uff.*, n. 16, 13 aprile 2011. Sul principio dell'equo processo CEDU e i riflessi nell'ordinamento italiano cfr. V. MANES, M. CAIANIELLO, *op. cit.*, p. 217 ss.

<sup>66</sup> Cass. pen, Sez. I., n. 43112, 6 luglio 2017-20 settembre 2017.



I giudici di Piazza Cavour, infatti, in tale sentenza, dopo aver ribadito, ai sensi dell'art. 46 CEDU, come aveva già fatto nel precedente caso *Dorigo*<sup>67</sup>, l'immediata precettività delle norme CEDU, ha sostenuto che lo strumento processuale da utilizzare è quello di cui agli artt. 666-670 del codice di procedura penale.

I giudici, in particolare, basandosi sulle Sezioni Unite *Gatto*, nella quale, come abbiamo già visto in precedenza, per rimuovere il giudicato hanno fatto diretta applicazione dell'art. 30, comma 4, l. 83/1953<sup>68</sup>, nonché sulla sentenza della Corte costituzionale n. 210/2013<sup>69</sup>, hanno affermato che il giudice dell'esecuzione non si limita a conoscere soltanto le questioni riguardanti la validità e l'efficacia del titolo esecutivo, ma ha anche il potere di incidere su di esso<sup>70</sup>.

La tesi appare condivisibile.

La questione va risolta nell'ambito del processo di esecuzione e non in quello del processo di revisione, considerato che nessuna riapertura del processo si rendeva necessaria nel caso *Contrada*. Lo strumento della revisione europea di cui all'art. 630 c.p.p., infatti, nasce per l'esigenza di rifare un processo che si è svolto in contrasto con i canoni dell'equo processo di cui all'art. 6 CEDU e non per la violazione della differente disposizione di cui all'art. 7 CEDU.

In tale caso, nessuna riapertura del processo si rendeva necessaria, ma vi era la sola necessità di rendere improduttiva di effetti una condanna pronunciata in violazione del principio di legalità europea.

Il caso *Contrada*, tuttavia, non ha esaurito i suoi effetti nella giurisprudenza italiana.

Si è posto, infatti, il problema di estendere gli "effetti *Contrada*" a quelli che sono stati definiti i "fratelli minori", ossia coloro i quali sono stati condannati in Italia per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa alle stesse condizioni del primo, ma che non hanno fatto ricorso alla Corte EDU.

---

<sup>67</sup> Cass. pen, Sez. I., n. 2800, 1° dicembre 2006-25 gennaio 2007. Sul caso *Dorigo* si veda, fra gli altri, A. GUAZZAROTTI, *Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno*, in *Quest. Giustizia*, 1, 2007.

<sup>68</sup> Cass. pen., Sez. Un., n. 42858, 29 maggio-14 ottobre 2014. Sul punto Cap. III, § 3.

<sup>69</sup> Corte cost., sent. n. 210, 3-18 luglio 2013, in *Gazz. Uff.*, n. 30, 24 luglio 2013.

<sup>70</sup> In tema dei rapporti tra legalità penale e poteri del giudice dell'esecuzione in dottrina si veda B. NACAR, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, Padova, 2017. Sul superamento del giudicato in sede di esecuzione cfr. anche *supra* Cap. III, § 3.

Dopo un lungo dibattito giurisprudenziale<sup>71</sup>, sul punto si sono espresse le Sezioni Unite della Corte di cassazione, che, basandosi sul dubbio orientamento che ritiene vincolanti soltanto le sentenze della Corte EDU espressione di “diritto consolidato”<sup>72</sup>, hanno ritenuto che il caso *Contrada* non è frutto di tale diritto e, pertanto, non estensibile ai “fratelli minori”<sup>73</sup>.

È chiaro anche in questo caso intravedere una certa resistenza della giurisprudenza italiana ai dettami della Corte EDU.

Occorre osservare, tuttavia, che ciò risulta essere causa di disparità di trattamento e potrebbe far vivere al reo la condanna come una situazione ingiusta e provocare, di conseguenza, dei problemi in ordine alla funzione di rieducazione della pena sancita all’art. 27 della Costituzione.

La violazione dell’art. 7 CEDU, inoltre, potrebbe essere sistemica, considerato che i fatti per cui è stato condannato risultavano integrare un reato inesistente all’epoca in cui sono stati commessi e nella stessa identica situazione si trovano i c.d. “fratelli minori”.

La questione, tuttavia, non sembra ancora una volta del tutto sopita, considerato che in un prossimo futuro potrebbero essere emesse dalla Corte EDU nuove pronunce basate sulle argomentazioni *Contrada*.

A quel punto, probabilmente, risulterà maggiormente difficile sostenere la tesi della non applicazione *erga omnes* per mancanza di “diritto consolidato”.

Sarebbe auspicabile, pertanto, che il legislatore si esprimesse sul punto, vista l’importanza della questione, non lasciando decisioni di politica criminale al

---

<sup>71</sup> Sul punto si veda Cass. pen, Sez. I., n. 44193, 11 ottobre-18 ottobre 2016, con cui è detto che i “fratelli minori” dovevano agire con lo strumento della revisione europea e non con l’incidente di esecuzione *ex art. 673 c.p.p.*, come aveva fatto, invece, il ricorrente, non essendo il caso trattato direttamente dalla Corte EDU e, pertanto, non si poteva intervenire “a rime obbligate”. Di conseguenza il ricorso risultava inammissibile. Si veda *contra* Cass. pen, Sez. II., n. 40889, 20 giugno-07 settembre 2017, con cui si è detto che la revisione europea non è utilizzabile per casi diversi rispetto a quelli trattati in modo specifico dalla Corte EDU.

<sup>72</sup> Sostenuto, come si è visto, *supra*, § 2, anche da Corte cost., sent. n. 49, 14 gennaio-26 marzo 2015, in *Gazz. Uff.*, n. 13, 1° aprile 2015.

<sup>73</sup> Cass. pen, Sez. Un., n. 8544, 24 ottobre 2019-3 marzo 2020, in cui si afferma che «i principi affermati dalla sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015, *Contrada contro Italia*, non si estendono nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso, in quanto la sentenza non è una sentenza pilota e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata».

potere giudiziario, che, in assenza di chiari riferimenti normativi, è costretto talvolta ad assumersi responsabilità non del tutto rientranti nell'ambito delle proprie funzioni.

Procedendo con l'esame del caso *De Tommaso*, occorre osservare che in tale occasione i giudici della Corte EDU sono stati chiamati a pronunciarsi sulla compatibilità del sistema italiano delle misure di prevenzione con le prescrizioni CEDU<sup>74</sup>.

In particolare, i giudici hanno escluso per le misure di prevenzione il carattere penale, in quanto intervengono *ante delictum* e, di conseguenza, hanno ritenuto di non estendere a tali misure le garanzie prescritte dalla CEDU per i reati.

Nonostante ciò, tuttavia, i giudici di Strasburgo hanno evidenziato che il sistema italiano delle misure di prevenzione non risultava conforme all'art. 2, prot. n. 4, CEDU, in cui è sancita la libertà di circolazione, in quanto le limitazioni alla predetta libertà possono avvenire soltanto sulla base di una norma di legge sufficientemente precisa e determinata.

La Corte EDU, nello specifico, hanno affermato che l'art. 1 della l. 27 dicembre 1956 n. 1423<sup>75</sup> – *ratione temporis* applicabile al caso *De Tommaso* e oggi sostanzialmente riprodotta all'art. 1 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice antimafia)<sup>76</sup> – non risultava essere conforme al criterio della “*prevedibilità*” della legge<sup>77</sup>.

In tale articolo, infatti, vi era un richiamo alle ipotesi di pericolosità generica in cui era possibile applicare le misure di prevenzione, che non risultano essere precise e sufficientemente determinate, in quanto si faceva riferimento genericamente a «coloro che debbono ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi».

La Corte EDU, inoltre, ha espresso le medesime considerazioni anche in ordine alle prescrizioni del “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”, che

---

<sup>74</sup> Corte EDU, ricorso n. 43395/09, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171804>. In tema si veda in dottrina A. L. VALVO, *Nota alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 febbraio 2017. Ricorso n. 43395/09 – Causa De Tommaso c. Italia*, in *Koreuropa*, 2019, p. 45 ss.

<sup>75</sup> L. 27 dicembre 1956, n. 1423, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 327, 31 dicembre 1956.

<sup>76</sup> D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 226, 28 settembre 2011.

<sup>77</sup> Nella dottrina costituzionalistica per una ricostruzione sul principio di determinatezza, espressione della “prevedibilità”, si veda A. BONOMI, *Il principio di determinatezza nelle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più “inesistente”*, in *Riv. AIC*, 4, 2020.

dovevano essere rispettate, al fine di non commettere un reato, dal sottoposto alla misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, ai sensi degli artt. 3 e 5 della l. n. 1423/1956, abrogati e riprodotti attualmente agli artt. 6 e 8 del Codice antimafia.

All'indomani della pronuncia, parte della giurisprudenza ha reagito con un atteggiamento di netta chiusura rispetto a quanto detto dalla Corte EDU, sostenendo la natura nuova della questione e l'assenza di un orientamento non consolidato<sup>78</sup>; altra parte della giurisprudenza, invece, ha preso atto della incompatibilità della disciplina nazionale con gli obblighi sovranazionali.

A dirimere il contrasto sembravano essere intervenute le Sezioni Unite della Corte di cassazione che avevano dato una interpretazione convenzionalmente orientata delle norme ritenute in contrasto dalla Corte EDU, escludendo l'applicazione delle prescrizioni del "vivere onestamente" e del "rispettare le leggi" al sorvegliato speciale<sup>79</sup>.

Nonostante ciò, la questione è risultata ancora dibattuta in giurisprudenza e, pertanto, è stata chiamata ad esprimersi la Corte costituzionale.

La Corte costituzionale si è così espressa sul punto con le pronunce di dichiarazione di incostituzionalità nn. 24 e 25 del 2019 per violazione degli obblighi sovranazionali<sup>80</sup>. Con la prima, in particolare, ha dichiarato incostituzionale l'art. 1, lett. a), d.lgs. n. 159/2011 in cui si faceva riferimento a «coloro che debbono ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi»; con la seconda, invece, ha dichiarato incostituzionale l'art. 75, commi 1 e 2, nella parte in cui prevedeva come reato la violazione da parte del sorvegliato speciale delle prescrizioni del "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi".

Alla luce di quanto detto, quindi, il caso *De Tomaso* risulta interessante sotto un duplice profilo: da un lato, infatti, in una materia contigua al diritto penale del fatto, ossia quella delle misure *ante delictum*, vengono estesi i criteri di qualità

---

<sup>78</sup> Per il primo orientamento, *ex pluribus*, Trib. di Milano, decr. 7 marzo 2017; Trib. Palermo, decr. 28 marzo 2017. Per il secondo orientamento si veda Corte App. di Napoli, ord. 14 marzo 2017; Cass. pen., Sez. II, ord. n. 49194, 11 ottobre-26 ottobre 2017. Per maggiori approfondimenti sul dibattito si veda in dottrina R. GAROFOLI, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Molfetta, 2021, pp. 796-797.

<sup>79</sup> Cass. pen., Sez. Un., n. 40076, 27 aprile-5 settembre 2017.

<sup>80</sup> Corte cost., sent. n. 24, 24 gennaio-27 febbraio 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 10, 6 marzo 2019; Corte cost., sent. n. 25, 24 gennaio-27 febbraio 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 10, 6 marzo 2019.

della legge previsti per i reati; dall'altro, la Corte EDU ha colto l'occasione per ribadire con chiarezza in ordine alla qualità che la legge deve rivestire anche in altri ambiti oltre a quello della legalità penale, ossia quello della libertà di circolazione.

La giurisprudenza nazionale, inoltre, dopo un primo momento di acceso dibattito, a differenza di quanto avvenuto nel caso *Contrada*, ha saputo risolvere la questione a livello di sistema ordinamentale, ponendo fine alla questione della compatibilità della legge nazionale con gli obblighi sovranazionali.

#### **4. La nozione autonoma di “materia penale” e le conseguenze sulle sanzioni amministrative sostanzialmente penali nella giurisprudenza europea e nazionale: il problema della confisca e del doppio binario sanzionatorio**

Il diritto CEDU ha degli effetti negli ordinamenti nazionali anche in merito a ciò che debba considerarsi materia penale.

La giurisprudenza della Corte EDU, infatti, ha elaborato una autonoma nozione di “materia penale” che non sempre coincide con la qualificazione giuridica attribuita ad una sanzione nell'ordinamento nazionale.

In particolare, a partire dalla nota sentenza *Engel* del 1976<sup>81</sup>, i giudici di Strasburgo hanno elaborato dei criteri in base ai quali una sanzione debba essere qualificata di natura penale, a prescindere dal *nomen iuris* attribuito negli ordinamenti interni.

Per appurare la qualifica penale di una sanzione, oltre alla natura attribuita dall'ordinamento interno, occorre fare riferimento a una serie di criteri. Ad esempio, al suo valore afflittivo, al suo collegamento con un fatto reato, alla gravità dell'infrazione, alla circostanza che la sanzione è destinata ad essere applicata dal giudice penale o con il rispetto dei principi tipici del procedimento penale o, comunque, alla circostanza che è applicata in un procedimento strettamente collegato ad un contiguo procedimento penale<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Corte EDU, ricorsi nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 23 novembre 1976, *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-188078>.

<sup>82</sup> In tema, per tutti, A. MASSARO, *op. cit.*, p. 114 ss.; P. PROVENZANO, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e “materia penale”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2018, p. 1073 ss.; F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità “costituzionale” vs. legalità “convenzionale”?* in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, p. 4 ss.

In Italia, il problema della corretta qualificazione giuridica di alcune sanzioni, si è posto in relazione ad alcune sanzioni considerate dal legislatore interno di natura amministrativa.

In particolare, il problema si è verificato in tema di confisca<sup>83</sup>.

Il legislatore italiano, infatti, nel corso degli anni, accanto all'originaria misura di sicurezza patrimoniale della confisca del prodotto, del profitto o del prezzo del reato di cui all'art. 240 c.p., ha previsto numerose altre ipotesi di confisca, tant'è che oggi è preferibile parlare non più di "confisca" al singolare, ma di "confische"<sup>84</sup>.

Ha previsto, ad esempio, le seguenti confische: la confisca urbanistica (art. 44, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380<sup>85</sup>); la confisca per equivalente (ad es. art. 322-ter

---

<sup>83</sup> In dottrina in tema si veda, fra gli altri, A. M. MAUGERI, *La confisca urbanistica alla ricerca di un difficile equilibrio tra le esigenze dell'efficienza e i principi della materia penale*, in *Arch. pen.*, 2, 2020, p. 19 ss.; A. MASSARO, *op. cit.*, p. 120 ss.; L. B. MOLINARO, *Dalle sezioni unite disco verde alla 'confisca urbanistica' anche in caso di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva. La Corte EDU 'convitato di pietra'*, in *Federalismi*, 24, 2020, p. 155 ss.; A. M. MAUGERI, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (C. cost. 24/2019)*, in *Sist. penale*, 29 novembre 2019; A. LONGO, F. M. DE STEFANO, *Riflessioni sull'istituto della confisca, fra diritto amministrativo e diritto penale, alla luce della giurisprudenza della CEDU*, in *Federalismi*, 6, 2019, p. 2 ss.; G. CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"? Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica*, in *Arch. pen.*, 3, 10 ottobre 2018; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018; V. MARCENÒ, *Il dilemma della materia penale: di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *Federalismi*, 7, 2018, p. 2 ss.; V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia fra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 13 aprile 2015; B. RANDAZZO, *op. cit.*; G. REPETTO, *op. cit.*; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»*, in *Quad. cost.*, 2015, p. 402 ss.; A. GALLUCCIO, *La confisca "urbanistica" ritorna alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 giugno 2014; F. VIGANO, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 3, 2014, p. 280 ss.; V. MANES, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.* 2, 2011, p. 534 ss.; M. PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2010, p. 1695 ss.

<sup>84</sup> Cfr. sul punto anche A. MASSARO, *op. cit.*, p. 120 ss.; E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012; R. GAROFOLI, *Manuale*, cit., p. 1416 ss.

<sup>85</sup> D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 245, 20 ottobre 2001.

c.p. per i reati contro la PA), che colpisce il valore equivalente del prodotto o del profitto del reato quando non risulti possibile quella diretta; la confisca del veicolo prevista dal codice della strada (art. 186, comma 2, lett. c) d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285<sup>86</sup>); le c.d. confische antimafia, ossia quella di prevenzione (art. 24, Codice antimafia) e quella allargata (art. 240-bis c.p.).

Ognuna delle suddette confische ha assunto nell'ordinamento interno una diversa natura, essendo stata qualificata dal legislatore in differenti modi.

Nonostante ciò, la giurisprudenza della Corte EDU e, sulla base di questa, quella nazionale, applicando i criteri *Engel* ha qualificato come penali alcune di queste previste formalmente come amministrative.

In particolare, la confisca urbanistica, qualificata dal legislatore come amministrativa, è stata riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte EDU come sanzione avente natura sostanzialmente penale.

La confisca urbanistica, infatti, era applicata in Italia in tema di reati edilizi a prescindere da una eventuale condanna dell'imputato, tranne che nei casi in cui non fosse stato possibile l'accertamento oggettivo degli elementi del reato.

I giudici, dunque, potevano applicare la confisca anche in caso di prescrizione o in presenza di formule assolutorie con cui si dichiarava che "il fatto non costituisce reato" in quanto non era stato commesso, ad esempio, con dolo o colpa o perché vi era la sussistenza di una scriminante, che "l'imputato non lo ha commesso" o che "il fatto non è punibile".

In altri termini, l'unico caso in cui non risultava possibile procedere alla sua applicazione si verificava in presenza della formula assolutoria "perché il fatto non sussiste".

Ciò era reso possibile dalla qualifica amministrativa attribuita dal legislatore alla confisca urbanistica.

La giurisprudenza della Corte EDU, tuttavia, pronunciandosi nel caso riguardante l'ecomostro di Punta Perotti, ha affermato che la natura della confisca urbanistica è da considerarsi sostanzialmente penale<sup>87</sup>.

L'Italia, di conseguenza, non può applicarla sulla base del mero accertamento oggettivo del fatto-reato, in quanto il rispetto del principio di legalità

---

<sup>86</sup> D.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 114, 18 maggio 1992.

<sup>87</sup> Corte EDU, ricorso n. 75909/01, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi ed altri c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90797>.

in materia penale di cui all'art. 7 CEDU impone che il reo sia consapevole delle conseguenze delle proprie azioni e per essere tale deve aver compiuto il fatto con colpevolezza.

La sanzione penale, infatti, presuppone la commissione di un fatto con dolo o colpa, perché altrimenti non risulterebbe rispettosa del principio di irretroattività della legge penale. La sanzione, quindi, non è applicabile quando l'autore del fatto, al momento della commissione del reato, non aveva potuto calcolare le conseguenze delle proprie azioni in quanto non sorretto da una volontà consapevole.

La Corte EDU nel suddetto caso impone all'Italia di non irrogare la confisca urbanistica nel caso di "assoluzione perché il fatto non costituisce reato".

All'indomani della pronuncia, la giurisprudenza nazionale, pur qualificando la confisca ancora come sanzione di natura amministrativa, ha escluso la sua applicabilità nei confronti dei beni appartenenti a terzi in buona fede estranei alla commissione del reato<sup>88</sup>.

In seguito, il medesimo problema si è posto in caso di pronuncia di "sentenza di non doversi procedere essendosi il reato estinto per intervenuta prescrizione".

Chiamata a pronunciarsi sul punto, la Corte costituzionale affermò in un primo momento che la dichiarazione di prescrizione corrisponde nella sostanza a un riconoscimento della responsabilità penale dell'imputato<sup>89</sup>.

In tema, tuttavia, intervenne subito dopo la Corte EDU nel caso *Varvara c. Italia*, in cui i giudici di Strasburgo ribadirono il precedente orientamento e affermarono che ai fini della confisca risultava necessaria una sentenza definitiva di condanna<sup>90</sup>.

A tale pronuncia è seguito un ulteriore intervento della Corte costituzionale nella nota sentenza n. 49/2015, in cui, chiamata a sindacare la legittimità costituzionale dell'art. 44 d.P.R. n. 380/2001, ha affermato, come già visto in precedenza, che non tutte le pronunce della Corte EDU assumono carattere vincolante, ma soltanto quelle "pilota" e quelle frutto di "diritto consolidato"<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> Cass. pen., Sez. III., n. 42178, 29 settembre 2009-3 novembre 2009.

<sup>89</sup> Corte cost., sent. n. 239, 16-24 luglio 2009, in *Gazz. Uff.*, n. 30, 29 luglio 2009.

<sup>90</sup> Corte EDU, ricorso n. 17475/09, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-128094>.

<sup>91</sup> Cfr. *supra*, § 2.



Tuttavia, non essendo la giurisprudenza CEDU in tema di confisca urbanistica né frutto di una sentenza pilota né di diritto consolidato, dichiarava inammissibile la questione non essendo necessario un intervento a livello di sistema<sup>92</sup>.

La questione è stata poi riproposta alla Corte EDU, nel caso *G.I.E.M. c. Italia* del 2018, in occasione della quale i giudici, in una visione maggiormente più flessibile del precedente orientamento espresso nel caso *Varvara*, hanno affermato che ai fini dell'applicazione della confisca urbanistica risulta sufficiente un accertamento della responsabilità dal punto di vista oggettivo e soggettivo e non è necessaria una formale pronuncia di condanna<sup>93</sup>.

In linea con tale tesi, è anche intervenuto il legislatore con il nuovo art. 578-*bis* c.p.p., introdotto con il d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21<sup>94</sup>, in cui è sancito che «quando è ordinata la confisca [...] il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione [...] decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, *previo accertamento della responsabilità dell'imputato*»

In tema si noti, tuttavia, che, ai sensi dell'art. 129 c.p.p. la declaratoria di intervenuta prescrizione deve essere pronunciata nel momento in cui si verifica immediatamente, in ogni stato e grado del procedimento. Di conseguenza la dichiarazione di prescrizione potrebbe intervenire in un momento in cui non si è ancora accertato il reato.

Sul punto si sono espresse le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2020. In tale pronuncia hanno statuito il principio di diritto in base al quale, ai fini della applicazione della confisca in caso di prescrizione, è necessario che il procedimento sia giunto in un momento tale in cui il reato risulti accertato in tutti i suoi elementi. Non può, infatti, il procedimento proseguire solo ai fini della confisca<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Corte cost., sent. n. 49, 14 gennaio-26 marzo 2015, in *Gazz. Uff.*, n. 13, 1° aprile 2015.

<sup>93</sup> Corte EDU, ricorsi nn. 1828/06, 34163/07, 19029/11, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. ed altri c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184525>.

<sup>94</sup> D.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 68, 22 marzo 2018.

<sup>95</sup> Cass. pen., Sez. Un., n. 13539, 30 gennaio-30 aprile 2020. Il tema è stato trattato anche in un precedente scritto V. TELARO, *Presunzione di innocenza e ragionevole durata del processo per il soggetto danneggiato tra spinte europee e (possibili) resistenze nazionali*, in *Il Penalista*, 18 dicembre 2020.

In altri termini, se la dichiarazione di prescrizione interviene in un momento antecedente all'accertamento del reato nei suoi elementi oggettivi e soggettivi non potrà essere irrogata la sanzione della confisca urbanistica.

Il medesimo problema inoltre, si è posto nella giurisprudenza anche con riferimento alla natura delle altre confische previste dalla legge.

La natura di autentica sanzione penale è stata così riconosciuta alla confisca del veicolo prevista dal codice della strada<sup>96</sup> e alla confisca per equivalente<sup>97</sup>.

È stata esclusa, invece, per le confische antimafia. La confisca di prevenzione, infatti, è stata riconosciuta come misura *ante delictum*<sup>98</sup>; la confisca allargata, invece, come misura di sicurezza<sup>99</sup>.

Il legislatore nazionale e la giurisprudenza, quindi, come si è visto soprattutto in tema di confisca urbanistica, hanno saputo sapientemente bilanciare le esigenze di natura penale e quelle garantiste derivanti dal pieno rispetto del principio di legalità penale europeo.

Si noti, però, come il legislatore nazionale abbia dovuto muoversi “a rime obbligate” nel decidere come comportarsi nella applicazione della sanzione della confisca urbanistica.

Appaiono ridotti, quindi, gli spazi di discrezionalità del legislatore attribuiti in materia penale dalla Costituzione italiana, con una conseguente erosione della riserva di legge.

Non è più soltanto il legislatore nazionale a decidere cosa debba essere considerato penale ma, a volte, tale organo è costretto ad agire sulla base di una decisione assunta in sede sovranazionale.

Si noti, inoltre, come già evidenziato in precedenza, che qualificare una sanzione come penale e non amministrativa appare ridurre il potere sanzionatorio amministrativo riconosciuto alle Regioni nel riparto di competenze legislative di cui all'art. 117 Cost<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> Corte cost., sent. n. 196, 26 maggio-4 giugno 2010, in *Gazz. Uff.*, n. 23, 9 giugno 2010.

<sup>97</sup> Corte cost., ord. n. 97, 1° aprile-2 aprile 2009, in *Gazz. Uff.*, n. 14, 8 aprile 2009. Sul punto si veda anche Cass. pen., Sez. Un., n. 41936, 25 ottobre-22 novembre 2005.

<sup>98</sup> Cass. pen., Sez. Un., n. 4880, 26 giugno 2014-2 febbraio 2015.

<sup>99</sup> Cass. pen., Sez. V., n. 25096, 6 marzo 2009.

<sup>100</sup> Cfr. Cap. II, § 3.4

Come si è evidenziato, infatti, le Regioni, pur non avendo una potestà penale diretta, godono della possibilità di intervenire in via amministrativa.

Qualificare alcune sanzioni come penali a prescindere dal *nomen iuris* volutamente attribuito dal legislatore regionale, impone che tali sanzioni ricadano nella competenza penale attribuita al legislatore nazionale.

Ciò comporta che le sanzioni amministrative regionali previste in passato, qualora rivestano carattere sostanzialmente penale in base ai criteri *Engel*, risultano essere sospette di incostituzionalità, in quanto si pongono in violazione del riparto di competenze Stato-Regioni previsto dal dettato costituzionale.

Ciò illustrato, occorre evidenziare che la nozione autonoma di “materia penale” ha avuto i suoi effetti nell’ordinamento italiano in tema di doppio binario sanzionatorio “in senso lato”<sup>101</sup>.

Il doppio binario sanzionatorio “in senso lato” si verifica quando il legislatore prevede l’attivazione di un doppio procedimento, uno avente carattere

---

<sup>101</sup> In dottrina, fra gli altri, A. MASSARO, *op. cit.*, p. 138 ss.; M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem “preso sul serio”: la Corte EDU sulla legittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell’ordinamento italiano)*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 19 giugno 2019; E. BINDI, A. PISANESCHI, *La Corte di Giustizia: il doppio binario nei reati di market abuse è illegittimo e l’art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali è norma direttamente applicabile*, in *Oss. costituzionale AIC*, 2, 2018; E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in *Federalismi*, 17, 2018, p. 1 ss.; E. CASSISA, *Ne bis in idem e procedimenti paralleli*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2017, p. 352 ss.; A. LONGO, F. M. DI STEFANO, *La storia infinita del ne bis in idem e del doppio binario sanzionatorio*, in *Federalismi*, 13, 2017, p. 2 ss.; P. SALVEMINI, *Riflessioni sulla legittimità costituzionale ed europea del doppio binario sanzionatorio a margine di Corte cost. nn. 102 e 112 del 2016*, in *Riv. AIC*, 4, 2017; A. F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2017, p. 1070 ss.; F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 18 novembre 2016; G. M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’Affaire Grande Stevens: dal bis in idem all’e pluribus unum*, in *Riv. AIC*, 3, 2015; F. GOISIS, *Verso una nuova sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2014, p. 337 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Novità nei rapporti tra i giudici nazionali e Corte EDU: la dottrina del “doppio binario” alla prova dei casi (e dei conflitti) concreti*, in *Giur. cost.*, 3, 2014, p. 3024 ss.; G. M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? «materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Riv. AIC*, 3, 2014; A. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L’Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 9 marzo 2014; E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012.

amministrativo e l'altro natura penale, che potrà condurre all'applicazione di due diverse sanzioni.

Si differenzia dal c.d. doppio binario sanzionatorio "in senso stretto" sancito dal codice penale e che prevede che il giudice possa applicare al condannato una pena e una misura di sicurezza.

In particolare, la Corte EDU si è espressa sul punto una prima volta nel caso *Grande Stevens c. Italia*<sup>102</sup>.

In tale occasione, i giudici di Strasburgo, dopo avere riconosciuto natura sostanzialmente penale alle sanzioni CONSOB, irrogate in materia di reati finanziari ai sensi dell'art. 187-ter del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF)<sup>103</sup>, hanno affermato che applicare tale sanzione dopo che si è già chiuso il processo penale per i medesimi fatti risulta essere in violazione del principio del *ne bis in idem* previsto dall'art. 4, Prot. n. 7, CEDU e in base al quale nessuno può essere punito due volte per il medesimo fatto.

La pronuncia, tuttavia, ha dato luogo a critiche nella giurisprudenza in quanto, come evidenziato dalla Corte costituzionale italiana, ciò avrebbe potuto significare attribuire al caso l'applicazione della sanzione amministrativa o, in alternativa, di quella penale, a seconda di quale procedimento si fosse chiuso prima<sup>104</sup>.

In seguito, però, è intervenuta nuovamente la Corte EDU nel caso *A e B c. Norvegia*, in cui ha avuto modo di chiarire che il doppio binario sanzionatorio non viola di per sé il principio del *ne bis in idem* europeo. Gli Stati sono liberi di prevedere una doppia sanzione per il medesimo fatto, a patto, però, che tra i procedimenti in cui vengono ad essere irrogate sussista una connessione sufficientemente stretta sul piano sostanziale e temporale. Ciò che conta, infatti, è che i due procedimenti siano coordinati, che non vi sia una duplicazione di prove e che la sanzione complessivamente applicata sia proporzionata rispetto al fatto<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Corte EDU, ricorso n. 18640/10, 4 marzo 2010, *Grande Stevens c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141794>.

<sup>103</sup> D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 71, 26 marzo 1998.

<sup>104</sup> Corte cost., sent. n. 102, 8 marzo-12 maggio 2016, in *Gazz. Uff.*, n. 20, 18 maggio 2016.

<sup>105</sup> Corte EDU, ricorsi nn. 24130/11 e 29758/11, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168972>.

La *ratio* del *ne bis in idem*, quindi, è quella di evitare che l'autore del fatto si trovi per un tempo eccessivo soggetto all'applicazione di una sanzione per un fatto già giudicato in un altro procedimento penale o amministrativo.

Sulla stessa linea si è posta anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea nei tre casi decisi nel 2018 *Menci*, *Garlsson Real Estate e Puma e Zecca*, in occasione dei quali ha avuto modo di chiarire che il doppio binario sanzionatorio non viola di per sé il divieto di *ne bis in idem* sancito all'art. 50 della CDFUE, ma che spetta alle giurisdizioni nazionali verificare nello specifico caso quando si verifichi tale violazione<sup>106</sup>.

Esempio normativo paradigmatico di accoglimento di tale orientamento In Italia, risulta essere quella di cui all'187-*terdecies* del d.lgs. 58/1998 (TUF), così come sostituito nel 2018<sup>107</sup>, in cui è sancito che quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico dell'autore una sanzione amministrativa ovvero una sanzione pecuniaria, l'autorità giudiziaria o la Consob tengono conto delle misure già irrogate e che l'esazione della pena pecuniaria derivante da reato e di quella amministrativa è limitata alla parte eccedente quella già riscossa.

Sul piano nazionale, inoltre, in tema è intervenuta la Corte costituzionale più volte.

In particolare, con una prima pronuncia del 2016 è stato affermato che il principio del *ne bis in idem* sancito all'art. 649 c.p.p. vada inteso, sulla scorta della giurisprudenza della Corte EDU, come medesimo fatto storico e non come medesimo fatto giuridico<sup>108</sup>.

La giurisprudenza della Corte EDU, infatti, ha accolto una nozione di *ne bis in idem* sostanziale che permette di non punire due volte il medesimo fatto storico, ossia identico dal punto di vista naturalistico.

Ciò significa che, qualora un fatto dia luogo dal punto di vista naturalistico ad una stessa condotta e allo stesso nesso causale ed evento, non potrà essere

---

<sup>106</sup> CGUE, C-524/15, 20 marzo 2018, *Menci c. Italia*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2018:197; CGUE, C-537/16, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate c. Italia*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2018:193; CGUE, C-596/16 e C-597/16, 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca c. Italia*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2018:192. In dottrina per un commento G. SACCARO, *Superamento del divieto di ne bis in idem causa Menci (C-524/15). Nota alla sentenza della Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, del 20 marzo 2018*, in *Koreuropa*, 2019, p. 169 ss.

<sup>107</sup> Art. 4, d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 214, 14 settembre 2018.

<sup>108</sup> Corte cost., sent. n. 200, 31 maggio-21 luglio 2016, in *Gazz. Uff.*, n. 30, 27 luglio 2016.

giudicato due volte applicando due norme incriminatrici diverse; qualora il fatto, invece, dia luogo a più fatti naturalistici diversi, sarà possibile procedere in due procedimenti e contestare due differenti previsioni incriminatrici.

Sarà possibile, ad esempio, procedere prima per il reato di lesioni e poi, se dopo la chiusura del processo si verifichi la morte della persona offesa causata dalla medesima condotta, per il reato di omicidio.

In passato, invece, il *ne bis in idem* italiano era interpretato dalla giurisprudenza come medesimo fatto giuridico<sup>109</sup>. In altri termini, una condotta risultava punibile dopo la conclusione di un procedimento penale in altro processo, sulla base della sola diversità della fattispecie incriminatrice contestata, ancorché la condotta dal punto di vista naturalistico fosse identica sotto il profilo della condotta, del nesso causale e dell'evento.

La Corte costituzionale, inoltre, è intervenuta in tema in una seconda pronuncia del 2022, in cui ha dichiarato incostituzionale l'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti a tutela del diritto d'autore dall'art. 171-ter della l. 22 aprile 1941, n. 633<sup>110</sup>, quando sia stata applicata già una sanzione amministrativa sostanzialmente penale in un procedimento definitivamente concluso<sup>111</sup>.

Nella suddetta pronuncia, in particolare, i giudici della Consulta hanno evidenziato che in materia di diritto d'autore non sussiste quella connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta richiesta dalla Corte EDU tra il procedimento amministrativo e quello penale.

Ancora una volta, quindi, la giurisprudenza nazionale ha dovuto bilanciare le esigenze sanzionatorie nazionali con i dettami sovranazionali.

La questione, però, rimane aperta per tutti quei procedimenti sanzionatori italiani che prevedono il doppio procedimento amministrativo e penale qualora fra questi non sussista una connessione sostanziale e temporale.

Sarebbe opportuno, infatti, che intervenisse sul punto il legislatore con una riforma volta ad uniformare tali procedimenti agli obblighi europei, anziché

---

<sup>109</sup> Cfr. sul punto, per tutti, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2021, p. 1019 ss. e p. 1118 ss.

<sup>110</sup> L. 22 aprile 1941, n. 633, in *Gazz. Uff. del Regno d'Italia*, Serie Generale, n. 68, 16 luglio 1941

<sup>111</sup> Corte cost., sent. n. 149, 10 maggio-16 giugno 2022, in *Gazz. Uff.*, n. 25, 22 giugno 2022.

rimandare all'opera discrezionale della giurisprudenza la soluzione del caso concreto.

#### **4.1. I riflessi sulla legalità penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale**

La questione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali ha posto degli interrogativi in ordine all'estensione dello statuto della legalità penale e dei corollari ad esso collegati, come il principio di retroattività favorevole, anche a tali principi<sup>112</sup>.

Orbene, sul punto occorre avvertire che il legislatore, all'art. 1, l. n. 689/1981 ha già sancito l'applicazione generalizzata del principio di legalità alle sanzioni amministrative<sup>113</sup>.

Per le sanzioni amministrative, tuttavia, non vige il diverso principio di retroattività della legge più favorevole.

La *ratio* della suddetta esclusione è da ravvisarsi nella circostanza che le sanzioni amministrative, di regola, non rivestono carattere afflittivo e, pertanto, non possono essere paragonate a quelle penali che comportano delle restrizioni alla libertà personale.

Sul punto si è pure espressa la Corte costituzionale nel 2016, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 1, della l. n. 689/1981 «nella parte in cui non prevede l'applicazione all'autore dell'illecito amministrativo della legge successiva più favorevole<sup>114</sup>.

La Corte costituzionale, in particolare, ha evidenziato che la giurisprudenza della Corte EDU non ha mai sindacato l'intero sistema delle sanzioni amministrative, ma ha trattato soltanto della non conformità al diritto CEDU di alcune sanzioni che rivestono carattere sostanzialmente penale.

Non essendo, dunque, richiesta da parte della Corte EDU l'applicazione generalizzata del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative

---

<sup>112</sup> Sul punto si veda anche F. BAILO, *Le sanzioni amministrative punitive e uno "statuto costituzionale"* in costruens (*tra battute d'arresto e rapide accelerate*) nel dialogo tra le Corti, in *Federalismi*, 31, 2022, p 1 ss.

<sup>113</sup> In tema, per tutti, si veda L. DELPINO, R. PEZZANO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Napoli, 2017, p. 695 ss.

<sup>114</sup> Corte cost., sent. n. 196, 6-20 luglio 2016, in *Gazz. Uff.*, n. 30, 27 luglio 2016.

ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, della l. n. 689/1981.

Si è visto, però, che applicando i criteri *Engel*, alcune sanzioni amministrative possono essere considerate sostanzialmente penali.

Per tale motivo i giudici della Consulta sono stati chiamati nuovamente a pronunciarsi sulla questione nel 2019, ma in questa occasione soltanto con specifico riferimento a tali sanzioni<sup>115</sup>.

La Corte nel 2019 accoglie la questione e ritiene di estendere l'applicazione del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative in materia penale.

In particolare, nel punto 6.2 del «Considerato in diritto» la Corte, per motivare la sua decisione, si esprime a chiare lettere nei seguenti termini:

«Rispetto [...] a singole sanzioni amministrative che abbiano natura e finalità “punitiva”, il complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della “materia penale” – ivi compreso, dunque, il principio di retroattività della *lex mitior* [...] non potrà che estendersi anche a tali sanzioni. A tale conclusione non osta l'assenza, sino a questo momento, di precedenti specifici nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Come questa Corte ha avuto recentemente occasione di affermare, infatti, «è da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo» (sentenza n. 68 del 2017). L'estensione del principio di retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative aventi natura e funzione “punitiva” è, del resto, conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi, sulla base dell'art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni propriamente penali. Laddove, infatti, la sanzione amministrativa abbia natura “punitiva”, di regola non vi sarà ragione

---

<sup>115</sup> Corte cost., sent. n. 63, 20 febbraio-21 marzo 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 13, 27 marzo 2019. In dottrina, sul punto, cfr. E. BINDI, A. PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 22, 2019; M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2 aprile 2019; G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Corte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze n. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 10, 2019; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta opportuna della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 10, 2019; E. BINDI, A. PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni Consob*, in *Giur. comm.*, 2, 2019.



per continuare ad applicare nei confronti di costui tale sanzione, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento. E ciò salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo «vaglio positivo di ragionevolezza», al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività *in mitius* nella materia penale».

La Consulta, quindi, ritiene irragionevole non estendere il principio della *lex mitior* alle sanzioni amministrative che rivestono natura sostanzialmente penale.

La Corte, inoltre, in altre pronunce ha avuto modo di ribadire l'applicazione alle sanzioni amministrative, anche a quelle sostanzialmente penali, i principi di determinatezza<sup>116</sup> e di irretroattività della norma più sfavorevole<sup>117</sup>.

In tema, infine, si è espressa in una importantissima pronuncia nel 2021<sup>118</sup>.

In tale sentenza, la Corte ha affermato che la dichiarazione di incostituzionalità di una sanzione amministrativa sostanzialmente penale può comportare anche la rescissione del giudicato di condanna al pari di quanto avviene con le norme penali<sup>119</sup>.

Come è noto, infatti, in via generale per l'intero ordinamento, per esigenze legate alla certezza del diritto, ai sensi dell'art. 136 Cost. e dell'art. 1, l. n. 87/1953, la norma dichiarata incostituzionale non potrà più applicarsi ai rapporti pendenti al momento della dichiarazione di incostituzionalità. Nessuno effetto, invece, avrà con riferimento ai rapporti già esauriti.

---

<sup>116</sup> Corte cost., sent. n. 121, 11 aprile-13 giugno 2018, in *Gazz. Uff.*, n. 25, 20 giugno 2018; Corte cost., sent. n. 134, 7-29 maggio 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 23, 5 giugno 2019.

<sup>117</sup> Corte cost., sent. n. 96, 11 febbraio-20 maggio 2020, in *Gazz. Uff.*, n. 22, 27 maggio 2020.

<sup>118</sup> Corte cost., sent. n. 68, 28 gennaio-16 aprile 2021, in *Gazz. Uff.*, n. 16, 21 aprile 2021.

<sup>119</sup> In dottrina, fra gli altri, A. PISANESCHI, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Riv. AIC*, 4, 2021; A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni sostanzialmente penali e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 3 aprile 2017; M. C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa sostanzialmente penale: per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 21 marzo 2017. In tema si veda anche V. GIANNELLI, *Sanzioni amministrative, res iudicata e incostituzionalità della legge applicata dal giudice*, in *Riv. AIC*, 1, 2018.

Nel diritto penale, tuttavia, in base al principio del *favor rei*, la dichiarazione di incostituzionalità coinvolgerà sia i rapporti pendenti, che quelli esauriti e passati in giudicato.

In caso di condanna passata in giudicato, quindi, così come detto in precedenza, il giudice dell'esecuzione dovrà intervenire ai sensi dell'art. 673 c.p.p. quando è dichiarata incostituzionale una norma penale incriminatrice<sup>120</sup>.

Nel corso della trattazione, inoltre, si è visto che la giurisprudenza abbia esteso ai rapporti definitivi il superamento del giudicato di condanna anche nel caso di dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale non incriminatrice – come ad esempio una circostanza di reato aggravante – qualora questa abbia avuto effetti sul trattamento sanzionatorio determinato dalla condanna<sup>121</sup>.

Si è visto, infatti, che la giurisprudenza, non potendo direttamente applicare l'art. 673 c.p.p., al fine di superare il giudicato, abbia fatto riferimento all'art. 30, comma 4, l. n. 83/1953 in cui è sancito che «Quando, in applicazione della norma dichiarata incostituzionale, è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali».

Orbene, nel 2019 la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953 «in quanto interpretato nel senso che la disposizione non si applica in relazione alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida [...]», prevista dall'art. 222, comma 2, del Codice della strada<sup>122</sup>. Tale sanzione amministrativa, infatti, era stata riconosciuta come sostanzialmente penale con la precedente sentenza della Corte n. 88/2019<sup>123</sup>.

Il suddetto cammino giurisprudenziale, quindi, ha sancito la definitiva applicazione del principio di legalità penale e dei corollari ad esso vicini anche alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali. Tale estensione, infatti, è stata dovuta per conformarsi agli obblighi sovranazionali derivanti dal sistema CEDU.

---

<sup>120</sup> Cfr. Cap. III, § 3.

<sup>121</sup> Ibidem.

<sup>122</sup> Corte cost., sent. n. 68 28 gennaio-16 aprile 2021, in *Gazz. Uff.*, n. 16, 21 aprile 2021.

<sup>123</sup> Corte cost., sent. n. 88, 19 febbraio-17 aprile 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 17, 24 aprile 2019.

## 5. Obblighi positivi convenzionali di tutela penale e riserva di legge nazionale: dal “reato di tortura” alla “pena dell’ergastolo ostativo”. Un problema di diritti umani

L’esigenza di tutelare i diritti fondamentali sanciti nella CEDU ha imposto talvolta agli Stati il dovere di intervenire positivamente nei propri ordinamenti nazionali<sup>124</sup>.

La tutela dei diritti umani sanciti dalla CEDU, infatti, come sottolineato in dottrina, «non imporrebbe solo obbligazioni *negative* sulle parti (vietando di uccidere, torturare, ridurre in schiavitù, ecc.), ma metterebbe in rilievo il dovere che lo Stato ha assunto, firmando la Convenzione, di prevenire anche [...]» con degli obblighi positivi<sup>125</sup>.

Gli obblighi positivi di tutela sono stati imposti a partire dal caso *Marckx c. Belgio* del 1979, in cui si è riscontrata una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU)<sup>126</sup>. In seguito, ulteriori obblighi sono stati prescritti agli Stati in altre numerose pronunce della Corte EDU che hanno riguardato ulteriori violazioni relative ad altri diritti CEDU<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> In dottrina, fra gli altri, V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2022; G. ADAMO, *Le situazioni giuridiche soggettive garantite dalla CEDU innanzi al giudice amministrativo*, in *Federalismi*, 27, 2021, p. 1 ss.; V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. L’esempio degli obblighi di protezione del diritto alla vita*; in *Arch. pen.*, 3, 2020; V. MANES, M. CAIANIELLO, *op. cit.*, p. 167 ss., p. 193 ss. e p. 296 ss.; A. MASSARO, *op. cit.*, p. 85 ss. e p. 167 ss.; F. VIGANO, *L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. IV, Napoli, 2011, p. 2645 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 167 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, p. 162 ss.; F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003, p. 23 ss.

<sup>125</sup> Così V. MANES, M. CAIANIELLO, *op. cit.*, pp. 168-169.

<sup>126</sup> Corte EDU, ricorso n. 6833/74, 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57534>.

<sup>127</sup> Si vedano, *ex pluribus*, Corte EDU, ricorso n. 8978/80, 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62162>; Corte EDU, ricorso n. 73316/01, 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69891>; Corte EDU, ricorso n. 25965/04, 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96623>; Corte EDU, ricorso n. 52067/99, 17 ottobre 2006, *Okkali c. Turchia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77522>; Corte EDU, ricorso n. 38478/05, 5 marzo 2009, *Sandra Jankovic c. Croazia*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91608>. Su questi esempi in

Si pensi, per quanto riguarda l'Italia, al noto caso dello spazio minimo vitale da riservare ai detenuti nelle carceri.

La Corte EDU, infatti, aveva condannato l'Italia perché aveva ravvisato una violazione strutturale e sistemica del divieto di tortura (art. 3 CEDU) da parte dell'ordinamento italiano, in quanto non garantiva uno spazio vitale minimo di tre metri a tutti i detenuti nelle carceri del Paese<sup>128</sup>.

In seguito alle suddette pronunce l'Italia è dovuta intervenire con l'introduzione degli artt. 35-*bis* e 35 *ter* ord. pen. (l. 26 luglio 1975, n. 354), al fine di porre rimedio alla violazione<sup>129</sup>.

Tali obblighi positivi di tutela hanno talvolta imposto agli Stati di intervenire anche nel campo del diritto penale sostanziale, limitando, ad esempio, l'applicazione di fattispecie criminose già esistenti o prevenendo nuove ipotesi di reato.

Per quanto riguarda l'Italia, particolare rilievo in tema hanno assunto le questioni riguardanti il reato di tortura e la pena dell'ergastolo ostativo.

Tali questioni sono importanti perché hanno imposto all'Italia delle modifiche a livello sistemico dell'ordinamento nazionale e non la semplice tutela nel caso concreto del ricorrente alla Corte EDU che ha lamentato una lesione dei suoi diritti fondamentali.

In particolare, in Italia si è posto il problema della assenza di una apposita fattispecie criminosa che punisse la tortura in seguito ai fatti avvenuti durante il vertice del G8 tenutosi a Genova nel 2001.

---

dottrina si veda V. MANES, M. CAIANIELLO, *op. cit.*, pp. 169 ss.; V. A. DE GAETANO, *Alcune chiavi di lettura del sistema CEDU*, in F. BUFFA, M. G. CIVININI, *La Corte di Strasburgo, Speciali di Quest. Giustizia*, 2019, p. 17 ss.

<sup>128</sup> Ci riferisce ai casi Corte EDU, ricorso n. 22635/03, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-65285>; Corte EDU, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, 8 gennaio 2013, *Torreggiani ed altri c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116248>. Sul punto si veda I. A. NICOTRA, *Pena e reinserimento sociale ad un anno dalla "sentenza Torreggiani"*, in AA.VV., *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014, p. 59 ss.

<sup>129</sup> L'art. 35-*bis* ord. pen. (l. 26 luglio 1975, n. 354, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 212, 9 agosto 1975) è stata introdotto con d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 conv. con mod. con l. 21 febbraio 2014, n. 10, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 43, 21 febbraio 2014; l'art. 35- *ter* ord. pen. è stato introdotto con d.l. 26 giugno 2014, n. 92 conv. con mod. con l. 11 agosto 2014, n. 117, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 192, 20 agosto 2014.

Durante il G8 di Genova, infatti, si verificarono delle manifestazioni e alcuni di essi furono oggetto di percosse e lesioni da parte della Polizia. Parte dei manifestati colpiti decise di ricorrere alla Corte EDU e in tali occasioni i giudici affermarono la violazione da parte dell'Italia del divieto di tortura (art. 3 CEDU) e rilevarono l'assenza di una apposita fattispecie criminosa che la punisse<sup>130</sup>.

I giudici di Strasburgo, quindi, rilevarono una violazione della CEDU alla quale si poteva porre fine soltanto con un intervento legislativo nazionale.

L'Italia, pertanto, è intervenuta adempiendo all'obbligo positivo di tutela introducendo nel codice penale, con il nuovo art. 613-*bis*, il reato di tortura<sup>131</sup>.

Come si è anticipato, anche con riferimento alla pena dell'ergastolo si è posto un problema di tutela dei diritti umani previsti nella CEDU.

In particolare, occorre preliminarmente evidenziare che in passato si era già posto nella giurisprudenza il problema della compatibilità della pena dell'ergastolo con la funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27 della Costituzione.

Ci si chiedeva, infatti, come potesse conciliarsi il carattere perpetuo della pena dell'ergastolo con la funzione rieducativa.

La Corte costituzionale, tuttavia, riuscì a salvare la pena dell'ergastolo, sostenendo che il carattere perpetuo della pena risulta comunque controbilanciato dalla possibilità per l'ergastolano di accedere ad alcuni benefici, come, ad esempio, alla liberazione condizionale dopo avere scontato 26 anni di pena<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> Corte EDU, ricorso n. 6884/11, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153901>; Corte EDU, ricorsi nn. 1231/13, 43390/13, 22 giugno 2017, *Bartesaghi Gallo c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177530>. In tema, anche se solo sotto il profilo della violazione del divieto di tortura, avendo l'Italia già provveduto sotto il profilo della previsione di una autentica fattispecie criminosa, si veda anche Corte EDU, ricorsi nn. 28923/09, 67599/10, 26 ottobre 2017, *Azzolina ed altri c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180124>; Corte EDU, ricorsi nn. 1442/14, 21319/14, 21911/14, 26 ottobre 2017, *Blair ed altri c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177918>.

<sup>131</sup> Il reato di tortura è stato introdotto con l. 14 luglio 2017, n. 110, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 166, 18 luglio 2017. Per maggiori approfondimenti sul reato di tortura in Italia e sulle criticità rilevate in merito all'art. 613-*bis* c.p. si rinvia, per tutti, a S. AMATO, M. PASSIONE, *Il reato di tortura. Un'ombra ben presto sarai: come il nuovo reato di tortura rischia il binario morto*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 15 gennaio 2019.

<sup>132</sup> Corte cost., sent. n. 204, 27 giugno-4 luglio 1974, in *Gazz. Uff.*, n. 180, 10 luglio 1974.

La Corte costituzionale, infatti, ha dichiarato incostituzionale l'ergastolo solo con riferimento alla possibilità di applicarlo ai soggetti minori, in quanto in contrasto con gli artt. 27, comma 3 e 31, comma 2, della Costituzione italiana<sup>133</sup>.

Tuttavia, l'accesso ai benefici penitenziari e, in particolare, al beneficio della liberazione condizionale, nell'ordinamento italiano risultava tendenzialmente vietato agli ergastolani condannati per alcuni particolari reati di alto disvalore penale (ad esempio, terrorismo e associazione mafiosa), salvo nel caso in cui avessero collaborato con la giustizia.

L'ordinamento italiano, infatti, prevedeva una presunzione assoluta di pericolosità nei confronti di tutti coloro i quali non avessero provveduto a collaborare.

Si tratta del c.d. ergastolo ostativo previsto dall'art. 4-*bis* ord. pen.

L'ergastolo ostativo, tuttavia, è stato ritenuto non conforme alla CEDU nel caso *Viola c. Italia*, in quanto la presunzione assoluta di non pericolosità, ad avviso dei giudici, risultava ingiustificata, in quanto la collaborazione con la giustizia non sempre è sintomo della cessata pericolosità del collaboratore e, allo stesso tempo, la non collaborazione non sempre è sintomo di perdurante pericolosità<sup>134</sup>.

Il collaboratore di giustizia, infatti, potrebbe aver deciso di collaborare soltanto per accedere ai relativi benefici; chi non collabora, invece, potrebbe aver deciso di non farlo solo perché teme ripercussioni da parte dei membri che appartengono al suo stesso contesto criminale dirette verso sé e verso i componenti della propria famiglia.

---

<sup>133</sup> Corte cost., sent. n. 168, 27-28 aprile 1994, in *Gazz. Uff.*, n. 19, 4 maggio 1994.

<sup>134</sup> Corte EDU, ricorso n. 77633/16, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (n. 2), in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194473>. Nella sentenza, in particolare, si legge: «L'attuale assetto dell'ergastolo ostativo viola il principio della dignità umana – che discende direttamente dall'art. 3 Cedu, ma che è ricavabile dall'intero sistema di protezione dei diritti creato dalla Convenzione – nella parte in cui limita alle sole ipotesi di collaborazione con la giustizia la possibilità di accedere alla liberazione condizionale, salvi i casi di collaborazione impossibile o irrilevante. L'ordinamento giuridico italiano deve introdurre un meccanismo che riconosca agli ergastolani ostativi la possibilità di ottenere il riesame della sentenza di condanna e di accedere alla liberazione condizionale al di fuori dei casi di collaborazione con la giustizia, fermo restando che sarà compito del singolo giudice valutare se il detenuto rappresenti ancora o meno un pericolo per la società». In dottrina per una ricostruzione del dibattito si vedano, per tutti, A. CATANI, *Il regime giuridico dell'ergastolo ostativo alla luce del dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Problematiche e prospettive*, in *Riv. AIC*, 4, 25 novembre 2020; C. FIORIO, *Ergastolo ostativo e diritto alla speranza? Sì, però...*, in *Proc. pen. e giust.*, 3, 2020, p. 650 ss.

Secondo la Corte EDU, infatti, il regime italiano dell'ergastolo ostativo rappresentava un trattamento inumano e degradante.

All'indomani della suddetta pronuncia, in assenza di un intervento del legislatore italiano, si è espressa in merito la Corte costituzionale che ha così dichiarato incostituzionale l'art. 4-*bis* ord. pen. nella parte in cui non prevedeva che potessero essere concessi i permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia, qualora fossero stati acquisiti degli elementi che inducessero a ritenere la fuoriuscita dal contesto criminoso dell'ergastolano e l'impossibilità futura del ripristino di qualche relazione con tale contesto<sup>135</sup>.

I giudici della Consulta, quindi, con specifico riferimento ai soli permessi premio, hanno mutato la presunzione assoluta prevista dal legislatore con una presunzione relativa<sup>136</sup>.

In seguito, però, non è tardata ad arrivare la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4-*bis* e 58 ord. pen., nonché dell'art. 2, d.l. 13 maggio 1991, n. 152<sup>137</sup>, nella parte in cui escludono l'accesso alla liberazione condizionale per il soggetto non collaborante.

La Corte costituzionale, tuttavia, dopo avere invitato il legislatore ad intervenire, facendo ricorso alla nuova e interessante tecnica dell'ordinanza interlocutoria con rinvio a data fissa in attesa dell'intervento del legislatore, ha restituito con una recentissima pronuncia gli atti al giudice *a quo*, avendo il legislatore adempiuto agli obblighi europei modificando la presunzione da assoluta a relativa<sup>138</sup>.

Il legislatore, infatti, è intervenuto in merito con il decreto legge 31 ottobre 2022, n. 162<sup>139</sup>, risolvendo, almeno secondo il giudizio della Corte costituzionale,

---

<sup>135</sup> Corte cost., sent. n. 258, 22 ottobre-6 dicembre 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 50, 11 dicembre 2019.

<sup>136</sup> In tema, per tutti, A. CATANI, *op. cit.*, p. 442 ss. e bibliografia ivi citata.

<sup>137</sup> D.l. 13 maggio 1991, n. 152 conv. con mod. con l. 12 luglio 1991, n. 203, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 162, 12 luglio 1991.

<sup>138</sup> Corte cost., ord. n. 227, 8 novembre-10 novembre 2022, in *Gazz. Uff.*, n. 46, 16 novembre 2022. Per quanto riguarda la nuova tecnica di ordinanza interlocutoria di rinvio a data fissa in attesa dell'intervento del legislatore si veda, per tutti, l'interessante contributo di V. MARCENÒ, *Una tecnica controversa: l'ordinanza interlocutoria con rinvio a data fissa*, in *Giur. cost.*, I, 2022, p. 497 ss.

<sup>139</sup> D.l. 31 ottobre 2022, n. 162, conv. con mod. con l. 30 dicembre 2022, n. 199, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 304, 30 dicembre 2022.

l'annosa questione della compatibilità dell'ergastolo ostativo con le prescrizioni CEDU<sup>140</sup>.

La tesi della Corte costituzionale appare qui da condividere, in quanto la nuova norma prevede la concessione della liberazione condizionale anche nel caso in cui il reo abbia deciso di non collaborare con la giustizia, qualora emergano elementi specifici dai quali possa dedursi la rescissione del rapporto con l'ambiente criminale.

Occorrerà verificare, tuttavia, se in futuro la Corte EDU riterrà conformi ai dettami CEDU l'intervento del legislatore.

Orbene, dai due sopraesposti casi, si deduce che la tutela dei diritti umani CEDU ha imposto una erosione di un principio fondamentale previsto dalla Corte costituzionale, ossia quello della riserva di legge in materia penale.

Se pur, infatti, è stato lo stesso legislatore italiano ad adeguarsi con l'introduzione del reato di tortura e con la modifica della disciplina dell'ergastolo ostativo, la scelta è stata una decisione a rime obbligate, non avendo avuto il legislatore ampi spazi di manovra in merito.

Si è presenza, quindi, di una ulteriore erosione della riserva di legge penale, giustificata, tuttavia, dalla necessità di tutelare i diritti umani ai sensi dell'art. 117, comma 1, della Costituzione<sup>141</sup>.

Ampi spazi di discrezionalità, inoltre, sono riconosciuti al giudice, il quale, sulla base di elementi meramente indiziari forniti dal condannato, dovrà valutare la fuoriuscita dal contesto criminoso.

Sulla introduzione del reato di tortura, in aggiunta, appare eccessivo la richiesta di introduzione di una nuova e autonoma fattispecie criminosa su decisione presa in sede sovranazionale.

Per tutelare le vittime, probabilmente, sarebbero stati sufficienti dei rimedi risarcitori a favore delle vittime e l'applicazione degli altri reati già previsti

---

<sup>140</sup> All'indomani della pronuncia della Corte costituzionale, parte della dottrina S. CURRERI, *L'ergastolo ostativo e l'anomala condotta della Corte. Sviste e omissioni sul 4-bis: lo strano caso della Consulta*, in *Il Riformista*, 12 novembre 2022, p. 6 ss. ha avanzato alcune considerazioni critiche sia con riguardo alla decisione della Consulta avvenuta prima della effettiva conversione del decreto legge, che con riguardo all'effettivo rispetto delle prescrizioni CEDU da parte del legislatore italiano.

<sup>141</sup> In tema si vedano anche le interessanti considerazioni di V. MANES, M. CAIANELLO, *op. cit.*, p. 298 ss. che rilevano le criticità derivanti dagli obblighi positivi in materia penale e le possibili "invasioni di campo" da parte della Corte EDU nei confronti del legislatore nazionale.



dall'ordinamento italiano (percosse, lesioni, omicidio), evitando così una tale ingerenza nella sovranità nazionale nel campo del diritto penale, tradizionalmente riservato alle scelte, “giuste” o “sbagliate” non importa, dello Stato.

## CAPITOLO V

# LE PRESCRIZIONI DELL'UNIONE EUROPEA ALLA RISERVA DI LEGGE NAZIONALE: ALTRE FONTI, STESSA STORIA?

SOMMARIO: 1. Dall'Europa dei mercati all'Europa dei diritti? 2. Il principio di legalità in materia penale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE). 3. Fonti penali e Unione europea. Il principio di attribuzione come “stella polare” per il Legislatore. 4. Controlimiti costituzionali e primato del diritto dell'Unione europea: un conflitto di sovranità già in atto. Una (im)possibile modifica ai Trattati alla luce del principio della riserva di legge in materia penale. 5. I poteri del giudice nazionale come “limite” al primato.

### 1. Dall'Europa dei mercati all'Europa dei diritti?

La tutela dei diritti umani nell'Unione europea è una novità abbastanza recente.

I Trattati istitutivi, infatti, adottati in un'ottica mercantile, non facevano alcuna menzione alla tutela dei diritti umani<sup>1</sup>.

Come evidenziato in dottrina, soltanto nel *Preambolo* del Trattato di Roma del 1957 era possibile rinvenire qualche riferimento a carattere programmatico con riguardo alla pace e all'innalzamento del tenore di vita, ma le uniche vere libertà

---

<sup>1</sup> Ci si riferisce al Trattato di Parigi che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) entrato in vigore il 23 aprile 1952 e ratificato in Italia con l. 25 giugno 1952 n. 776, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 160, 12 luglio 1952, nonché ai Trattati di Roma entrati in vigore il 1° gennaio 1958, con cui sono state istituite la Comunità economica europea (CEE) e la Comunità europea dell'energia atomica (CEEa o EURATOM), ratificati in Italia con l. 14 ottobre 1957, n. 1203, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 317, 23 dicembre 1957. Sul processo di origine dell'UE e sulla sua evoluzione si veda, per tutti, R. CALVANO, *L'Unione europea e lo Stato*, in M. BENVENUTI, R. BIFULCO (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale. La costituzione, il diritto costituzionale, l'ordinamento statale*, Vol. I, Torino, 2022, p. 267 ss.

su cui si basava l'allora Comunità europea erano quelle finalizzate al mercato: la libertà di circolazione delle merci, dei servizi, dei lavoratori e dei capitali<sup>2</sup>.

La Comunità europea, tuttavia, già dai suoi albori, non poteva essere considerata una semplice organizzazione internazionale, ma risultava dotata di proprie Istituzioni dotate di notevole autonomia.

Tali Istituzioni, tra l'altro, avevano (ed hanno) il potere di adottare proprie fonti del diritto che vanno ad aggiungersi a quelle nazionali degli Stati membri.

Le fonti europee, come è noto, prevalgono sulle fonti dell'ordinamento nazionale, così come affermato dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo e dalla giurisprudenza degli Stati<sup>3</sup>.

Per quanto riguarda l'Italia, infatti, dopo un lungo dibattito giurisprudenziale basato sul dialogo tra la Corte di Giustizia e la Corte costituzionale, si è giunti all'affermazione del principio del primato del diritto dell'Unione europea sulle fonti nazionali<sup>4</sup>.

Nel nostro ordinamento, in particolare, a Costituzione invariata il primato del diritto dell'Unione europea è stato giustificato sulla base dell'art. 11 della nostra Costituzione nella parte in cui è sancito che l'Italia «consente, in condizioni

---

<sup>2</sup> Cfr. A. L. VALVO, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2021, p. 364. Per maggiori approfondimenti sulle quattro libertà fondamentali dell'Unione europea si veda, per tutti, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Torino, 2012.

<sup>3</sup> In tema, fra gli altri, si veda R. CALVANO, *op. cit.*, p. 297 ss.; M. CAVINO, *Ordinamento giuridico e sistema delle fonti*, in M. CAVINO, L. IMARISIO, *Trattato di diritto costituzionale italiano*, Vol. I, Napoli, 2021, p. 446 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2019, p. 104 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Torino, 2012; C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e l'ordinamento comunitario*, in *Foro italiano*, V, 7.8, 2001, p. 145 ss.; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1995. In tema, con specifico riguardo all'attuazione del diritto dell'UE nell'ordinamento italiano, si veda M. ROSINI, *L'attuazione del diritto dell'Unione europea nel più recente periodo: la legge di delegazione europea e la legge europea alla luce della prassi applicativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2017, p. 1 ss.

<sup>4</sup> Per il "dialogo" intervenuto tra la Corte di Giustizia e Corte costituzionale italiana si vedano le seguenti sentenze secondo l'ordine cronologico: Corte cost., sent. n. 14, 24 febbraio-17 marzo 1964, in *Gazz. Uff.*, n. 67, 14 marzo 1964; CGCE, C-6/64, 15 luglio 1964, *Costa c. Enel*, in *Raccolta*, 1129, p. 1135 ss.; Corte Cost., sent. n. 183, 18-27 dicembre 1973, in *Gazz. Uff.*, n. 2, 2 gennaio 1974; Corte cost., sent. n. 232, 22-30 ottobre 1975, in *Gazz. Uff.*, n. 293, 5 novembre 1975; CGCE, C-106/77, 9 marzo 1978, *Simmenthal c. Italia*, in *Raccolta*, 1978, p. 630 ss.; Corte cost., sent. n. 170, 5-8 giugno 1984, in *Gazz. Uff.*, n. 169, 20 giugno 1984.

di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni rivolte a tale scopo»<sup>5</sup>.

Con la riforma costituzionale n. 3/2001, inoltre, la prevalenza delle fonti europee su quelle nazionali ha trovato espressa affermazione nel novellato art. 117, comma 1, Cost. in cui è affermato, come è noto, che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e della Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»<sup>6</sup>.

Occorre, però, in questa sede precisare nuovamente che, così come affermato fin dalla nota sentenza della Corte costituzionale *Frontini* del 1973, il primato del diritto dell'Unione europea trova un limite nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale (c.d. *teoria dei controlimiti*)<sup>7</sup>.

Bisogna precisare, inoltre, che l'Unione europea agisce sulla base del c.d. principio di attribuzione, ossia soltanto in quelle materie previste dai Trattati<sup>8</sup>.

Il principio è sancito agli artt. 1, 3, par. 6, e 5 del Trattato sull'Unione europea (TUE) e agli artt. 1-6 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

Soltanto in tali materie, infatti, gli Stati hanno accettato una cessione della propria sovranità statale a favore dell'Unione europea.

Sul punto, tuttavia, appare opportuno chiarire che il termine “cessione di sovranità” è qui adoperato in senso atecnico, poiché, come sostenuto in dottrina, gli Stati membri, nel momento in cui decidono di attribuire la competenza su particolari settori all'Unione europea, stanno esercitando la loro piena sovranità<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Per un commento dell'art. 11 Cost. si veda A. GUAZZAROTTI, *Articolo 11*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI, *La Costituzione italiana*, Vol. I, Bologna, 2021, p. 88 ss.

<sup>6</sup> A. COSSIRI, *Art. 117*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 1044 ss.

<sup>7</sup> Corte Cost., sent. n. 170, 18-27 dicembre 1973, in *Gazz. Uff.*, n. 2, 2 gennaio 1974.

<sup>8</sup> Per maggiori approfondimenti, fra gli altri, A. L. VALVO, *op. cit.*, p. 107 ss.; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea.*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 397 ss. In tema si veda pure R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2015.

<sup>9</sup> Cfr. A. L. VALVO, *op. cit.*, pp. 107-108; P. BARGIACCHI, *Diritto dell'Unione europea. Istituzioni, norme, politiche*, Roma, 2015, p. 126; E. TRIGGIANI, *Sopranazionalità e internazionalità nell'evoluzione dell'Unione*, in M. L. TUFANO (a cura di), *Cantiere Europa. Le riforme istituzionali dell'Europa*, Napoli, 2004, p. 39 ss.; A. SINAGRA, *Il problema della sovranazionalità comunitaria e i rapporti tra gli ordinamenti anche alla luce della cosiddetta*

A sostegno di tale tesi, innanzitutto, vi sono l'art. 1, par. 1, del TUE e l'art. 1 TFUE, in cui si dispone che gli Stati membri attribuiscono competenze all'Unione europea allo scopo di conseguire obiettivi comuni e che il Trattato «organizza il funzionamento dell'Unione e determina i settori, la delimitazione e le modalità d'esercizio delle sue competenze»<sup>10</sup>.

Avvalora la tesi, inoltre, l'art. 50 del TUE che riconosce il potere dello Stato di recedere dall'UE con una propria decisione sovrana<sup>11</sup>.

Ciò premesso, occorre osservare che l'avanzamento del processo di integrazione ha comportato nel corso del tempo che la tutela dei diritti umani divenisse oggetto di affermazione anche in ambito UE.

Dapprima, la Corte di Giustizia ha adoperato la tutela dei diritti umani per vagliare la legittimità degli atti europei, la quale si è basata, in assenza di riferimenti normativi europei espliciti, sui diritti richiamati dalla Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri<sup>12</sup>.

In seguito, i diritti umani sono stato oggetto di un espresso richiamo all'art. 6, par. 2, del Trattato di Maastricht del 1993<sup>13</sup> e sono divenuti condizione per aderire all'Unione europea con il Trattato di Amsterdam del 1999<sup>14</sup>.

Nell'anno 2000, inoltre, è stata adottata a Nizza la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, tuttavia, nei primi anni non ha avuto un rilievo giuridico, ma soltanto di natura politica.

---

*futura Costituzione europea*, in M. MARESCA (a cura di), *Valori e principi nella Costituzione europea. Il diritto alla mobilità*, Bologna, 2004, p. 265 ss.; ID., *Il sistema comunitario dopo l'Atto unico europeo e le sue incidenze sull'ordinamento giuridico ed istituzionale italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 1992, p. 107.

<sup>10</sup> Cfr. A. L. VALVO, *op. cit.*, p. 108.

<sup>11</sup> Ivi, p. 52 ss.

<sup>12</sup> *Ex pluribus* CGCE, C-136/79, 26 giugno 1980, *National Panasonic (UK) limited c. Commissione*, in *Raccolta*, 1980, p. 2033 ss.; CGCE, C-29/95, 23 gennaio 1997, *Pastoor and Trans – cap. c. Belgio*, in *Raccolta*, 1997, p. 285 ss.

<sup>13</sup> Il Trattato di Maastricht è entrato in vigore il 1° novembre 1993 ed è stato ratificato in Italia con l. 3 novembre 1992, n. 454, in *Gazz. Uff.*, Serie generale, n. 277, 24 novembre 1992.

<sup>14</sup> Il Trattato di Amsterdam è entrato in vigore il 1° maggio 1999 e che è stato ratificato in Italia con l. 16 giugno 1998, n. 209, in *Gazz. Uff.*, Serie generale, n. 155, 6 luglio 1998.

Il processo di tutela dei diritti umani in ambito UE ha trovato una sua ulteriore integrazione con il Trattato di Lisbona del 2009.

Come già detto in precedenza, infatti, con l'art. 6 del TUE è stato attribuito alla CDFUE lo stesso valore giuridico dei Trattati, ossia è da considerare una fonte di diritto primario, ed è stato avviato il processo di adesione dell'UE alla CEDU.

All'art. 6, par. 3, TUE, inoltre, è sancito che «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

L'adozione di una Carta europea dei diritti fondamentali ha posto nella nostra giurisprudenza nazionale il problema di come vagliare la legittimità di un atto legislativo che si pone in contrasto, allo stesso tempo, con i diritti fondamentali sanciti nella CDFUE e con quelli previsti nella Costituzione italiana.

Ci si è chiesti, infatti, se il giudice, rilevato il contrasto, debba rivolgersi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea oppure alla Corte costituzionale italiana.

Sul punto si è espressa di recente la Corte costituzionale, la quale ha affermato che risulta preferibile per il giudice adire prima ad essa e poi, qualora necessario, alla Corte di Giustizia<sup>15</sup>.

Si tratta della c.d. teoria della priorità della questione di costituzionalità, che ha interessato anche altri ordinamenti e, in particolare, quello francese<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Così Corte Cost., sent. n. 269, 7 novembre-14 dicembre 2017, in *Gazz. Uff.*, n. 51, 20 dicembre 2017. Si vedano anche Corte Cost., sent. n. 20, 23 gennaio-21 febbraio 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 9, 27 febbraio 2019; Corte Cost., sent. n. 63, 20 febbraio-21 marzo 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 13, 27 marzo 2019; Corte Cost., ord. n. 117, 6 marzo-10 maggio 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 20, 15 maggio 2019.

<sup>16</sup> In tema si veda in dottrina per quanto riguarda l'Italia C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Riv. AIC*, 1, 18 ottobre 2020; S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 3, 2019, p. 642 ss.; F. MEDICO, *I rapporti tra ordinamento costituzionale ed europeo dopo la sentenza n. 20/2019: verso un doppio custode del patrimonio costituzionale europeo?*, in *Il dir. Unione europea*, 2019, p. 87 ss.; A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta online*, 1, 25 febbraio 2019; F. MARTINES, *Procedimenti pregiudiziali e applicazione di parametri costituzionali ed europei a tutela dei diritti fondamentali*, in *Osservatorio sulle fonti*, XI, 1, 2018, p. 1 ss.; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea) tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 2958 ss. Con riferimento,

La tesi appare qui da condividere, in quanto, anche per ragioni di economia processuale, se sarà necessario potrà essere la stessa Corte costituzionale a rivolgersi direttamente alla Corte di Giustizia dopo aver preso cognizione della questione, evitando così, per quanto possibile, un doppio giudizio da parte di due organi distinti avviati su sollecitazione di un unico giudice comune.

In tema di diritti umani ha un suo rilievo, altresì, l'art. 7 del TUE che prevede una clausola di sospensione dai diritti di adesione UE nei confronti degli Stati che non li rispettano e in cui è sancito, al par. 2, che « su proposta di un terzo dei paesi dell'Unione europea (UE) o della Commissione o del Parlamento europeo, il Consiglio, deliberando a maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri previo parere conforme del Parlamento europeo, può constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave dei principi fondamentali da parte di un paese dell'UE e rivolgergli le appropriate raccomandazioni»<sup>17</sup>.

Ciò detto, appare opportuno in tema di diritti umani nell'Unione europea effettuare alcune brevi considerazioni a carattere critico.

---

invece, all'ordinamento francese si veda L. MOSCHIERA, *Il controllo di costituzionalità "à la française": rilievi critici e comparatistici*, in *Riv. camm. dir.*, 11, 2020; A. M. LECIS COCCO ORTU, *La QPC tra rivoluzione ed eccezione: la concretezza del controllo a posteriori a tre anni dalla sua introduzione*, in *Riv. AIC*, 3, 27 settembre 2013; P. COSTANZO, *Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità: la Cassazione tenta di spargliare le carte, ma il Consiglio costituzionale tiene la partita in mano*, in *Giur. cost. (versione web)*, 2010; ID, *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, 2009, p. 440 ss.

<sup>17</sup> La procedura ex art. 7 TUE è già stata attivata nei confronti di Stati membri: nel 2017 nei confronti della Polonia con la *Comunicazione COM(2017) 835 del 20 dicembre 2017 della Commissione, Proposta motivata a norma dell'art. 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea sullo stato di diritto in Polonia*, a cui è seguita la *Raccomandazione della Commissione 2018/103 del 20 dicembre 2017, relativa allo Stato di diritto in Polonia*; nel 2018 nei confronti dell'Ungheria con la *Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2018 su una proposta recante l'invito del Consiglio a constatare, a norma dell'art. 7, par. 1, del Trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione (2017/2131 (INL))*. In tema A. L. VALVO, *op. cit.*, p. 368 ss.; M. ARANCI, *I recenti interventi della Corte di giustizia a tutela della rule of law in relazione alla crisi polacca*, in *European papers*, 12 febbraio 2019. Sulla crisi polacca e ungherese si vedano A. GALLETTI, *Crisi polacca e paradossi dello Stato di diritto: verso un nuovo "Assassinio sull'Orient Express"?*, in A. PÉREZ MIRAS, E. C. RAFFIOTTA, G. M. TERUEL LOZANO, F. VECCHIO (a cura di), *Sovranità e rappresentanza. Stato, autonomia territoriali e processi di integrazione sopranazionale*, Napoli, 2018, p. 173 ss.; F. VECCHIO, *Teoria costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Padova, 2013.

Occorre chiedersi, infatti, se fosse veramente necessaria una Carta europea dei diritti fondamentali in una organizzazione sovranazionale che risulta finalizzata a raggiungere obiettivi rivolti al mercato.

Come si è visto, tra l'altro, laddove nel corso degli anni è stato necessario fare riferimento ai diritti umani anche in ambito UE, si è avuto modo di superare l'*impasse* sulla base del richiamo alle Carte internazionali dei diritti umani e alle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

Con la Carta europea dei diritti fondamentali, invece, si è avuta perlopiù una sola duplicazione di diritti già esistenti, che può essere talvolta causa di confusione in ordine alla loro interpretazione e che ha già creato problemi in merito ai rapporti tra la CDFUE, le altre Carte internazionali dei diritti e le Costituzioni nazionali.

Rappresenta un esempio in tal senso, come si è visto, la c.d. teoria della priorità della questione di legittimità costituzionale.

Si pensi, ancora, ai problemi già avanzati e che potranno prodursi in futuro a causa del processo di adesione dell'UE alla CEDU<sup>18</sup>.

Ad esempio, come rilevato in dottrina, potrebbero esserci problemi, oltre che in ordine alla possibile commistione tra competenze tra Corte EDU e Istituzioni EU, anche in merito all'eventuale recesso dalla CEDU esercitato dal singolo Stato membro, il quale continuerebbe ad essere obbligato al rispetto di essa in virtù del richiamo da parte dei Trattati istitutive UE<sup>19</sup>.

La medesima dottrina, inoltre, in merito alla suesposta procedura di cui all'art. 7 TUE, ha rilevato, inoltre, che il disposto normativo appare essere formulato in modo vago e che potrebbe prestarsi ad usi strumentali<sup>20</sup>.

I diritti umani nell'UE, infine, riscontrano talvolta una difficoltà a "decollare", poiché quando i diritti umani sanciti negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri si sono trovati a scontrarsi con il primato del diritto dell'UE, la Corte di Giustizia non ha avuto molte esitazioni nell'affermare che occorreva dare prioritaria applicazione a tale primato.

È successo nel già visto caso *Melloni*, in cui i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto di ordinare alle autorità spagnole di dare seguito a un mandato d'arresto

---

<sup>18</sup> Per maggiori approfondimenti cfr. Cap. IV, § 2.

<sup>19</sup> Così A. L. VALVO, *op. cit.*, p. 404 ss.

<sup>20</sup> Ivi, p. 366.



europeo emesso dalle autorità italiane, nonostante questo fosse in contrasto con il diritto di difesa previsto dalla Costituzione spagnola, in quanto il reo era stato condannato in contumacia<sup>21</sup>.

Alla luce delle siffatte considerazioni, quindi, probabilmente sarebbe stato opportuno evitare una affermazione espressa della tutela dei diritti umani in ambito UE e continuare a riferirsi, quando necessario, alle Carte internazionali già adottate e alle Costituzioni degli Stati membri.

Sarebbero stati evitati problemi inutili di rapporti tra i vari sistemi a tutela dei diritti umani e l'Unione europea avrebbe potuto continuare ad applicare senza troppi ostacoli la logica mercantile, senza che fosse necessario celarsi formalmente dietro la vesta rispettosa dei diritti umani, per poi riaffermare, però, nella sostanza - come avvenuto nel citato caso *Melloni* - la sua vera natura di organizzazione finalizzata prevalentemente al libero mercato.

Il rispetto dei diritti umani, quindi, in una visione “para-costituzionale” dell'Unione europea pare essere un progetto di tutto rispetto, ma lontano da un suo effettivo avveramento nel breve periodo. Infatti, l'assenza di un substrato culturale tra gli Stati membri orientato in tal senso pare essere causa impeditiva di un ulteriore processo di integrazione.

Occorrerebbe, tra l'altro, un cambio di visione della politica economica da una logica concorrenziale che agisce in un'ottica neoliberista a una logica maggiormente garantista e rispettosa dei canoni dello Stato sociale<sup>22</sup>.

La logica concorrenziale, infatti, sembra scontrarsi con la tutela dei diritti dei più deboli della società ed è perlopiù improntata alla prevalenza del mercato sui diritti dei singoli.

Si pensi alle numerose speculazioni economiche a cui può dare luogo il libero mercato privo di controlli stringenti da parte degli Stati, ai processi di esternalizzazione e delocalizzazione di rami produttivi, nonché all'appiattimento

---

<sup>21</sup> CGUE, C-399/11, 26 febbraio 2013, *Melloni c. Spagna*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2013:107. Cfr. Cap. IV, § 2. In tema si veda per maggiori approfondimenti V. TELARO, *Mandato d'arresto europeo e rispetto dei diritti fondamentali*, Enna, 2015, p. 102 ss.; F. VECCHIO, *I casi Melloni e Akeberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2, 2013, p. 455 ss.

<sup>22</sup> Per una ampia ricostruzione dei modelli di funzionamento dell'odierni mercati internazionali si rimanda, per tutti, a E. SISCO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2021. Con specifico riferimento all'Europa si veda E. C. RAFFIOTTA, *Il Governo multilivello in Europa. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, Bologna, 2013.

della forza sindacale e al conseguente peggioramento delle condizioni di lavoro e al ribasso della retribuzione salariale garantita alla forza lavoro<sup>23</sup>.

Occorre dare atto, però, che in seguito alla pandemia da Covid-19 sono stati fatti passi in avanti in ordine a una visione maggiormente “sociale” dell’economia, tanto da fare interrogare la dottrina in ordine a un possibile ritorno in futuro dello “Stato interventista”, ossia di quello Stato che interviene nuovamente nell’economia<sup>24</sup>.

Ci si riferisce alle elargizioni agli Stati di importanti fondi per la ripresa economica *post* pandemica, caratterizzati da forti controlli da parte delle autorità competenti sul loro uso<sup>25</sup>.

Si potrebbe dire, prendendo a prestito le parole di una vecchia canzone italiana, “Come si cambia per non morire!”.

Ci si è resi conto, probabilmente, che un’Europa che ragiona soltanto basandosi sui numeri risulta essere sempre più lontana dai cittadini. Ci si potrebbe chiedere, infatti, a che servono l’Europa e lo Stato se non a garantire il benessere dei cittadini?

Il processo, tuttavia, appare ancora in una fase iniziale e lontano da una concreta volontà di un definitivo cambio di prospettiva.

Occorrerà verificare, inoltre, come una svolta in tale direzione potrà conciliarsi con il vincolo di bilancio dell’equilibrio tra entrate e spese, sancito con la recente riforma dell’art. 81 della Costituzione italiana<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> In tema si veda L. UNDIEMI, *Il ricatto dei mercati. Difendere la democrazia, l’economia reale e il lavoro dall’assalto della finanza internazionale*, Milano 2014. Per una completa ricostruzione dello stato attuale dei diritti sociali ed economici nell’Unione europea si veda V. RANALDI, *I diritti sociali, economici e del lavoro nell’Unione europea: evoluzione normativa e giurisprudenza della Corte di giustizia*, Roma, 2015.

<sup>24</sup> Cfr. A. AMORE, *Lo stato interventista nello scenario del pnrr: un’organizzazione amministrativa socio sanitaria di natura egualitaria*, in *Persona e Amministrazione*, 9, 2, 2021, p. 317 ss.;

<sup>25</sup> In tema, fra gli altri, si veda G. D’ARRIGO, P. DAVID, *Next Generation EU e PNRR italiano. Analisi, governance e politiche per la ripresa*, Soveria Mannelli, 2022. Si veda pure I. A. NICOTRA, *La staffetta dei diritti e dei doveri oltre la crisi*, Napoli, 2022, pp. 68-76.

<sup>26</sup> Ci si riferisce alla l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, in *Gazz. Uff.*, Serie generale, n. 95, 23 aprile 2012.

Soltanto il futuro, quindi, ci potrà dire come evolverà l'Europa nei prossimi anni e se sarà in grado di garantire una effettiva tutela dei diritti umani capace di ben conciliarsi con le politiche economiche dell'Unione e dei singoli Stati membri.

## **2. Il principio di legalità in materia penale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE)**

Il principio di legalità in materia penale nell'ambito dell'Unione europea è sancito all'art. 49 della CDFUE<sup>27</sup>.

In particolare, in tale articolo è previsto che «1. 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. 2. 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. 3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

Come è possibile evincere dalla lettura della norma, anche nell'Unione europea trovano espressa sanzione i corollari della riserva di "legge" (fatte salve le specificazioni al riguardo che si vedranno a breve), della tipicità, della irretroattività della legge penale<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Per un commento all'art. 49 CDFUE si veda R. SICURELLA, *Art. 49. Legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 972 ss.; M. PANZAVOLTA, *Art. 49. Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 1001 ss. In tema di legalità penale nell'Unione europea si veda pure, fra gli altri, E. LUPO, *Prospettive della legalità penale*, in *Sistema penale*, 12, 2022, p. 105 ss.; M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in C. E. PALIERO, F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 195 ss.; A. BARTOLI, *La legalità penale tra diritto dell'Unione europea e Costituzione*, Napoli, 2011.

<sup>28</sup> Cfr. R. SICURELLA, *op. cit.*, p. 984 ss.

Come chiarito dalla giurisprudenza, inoltre, in ambito europeo il rispetto del principio di legalità impone anche il divieto di analogia in *malam partem*<sup>29</sup> e, come sottolineato in dottrina, il divieto di interpretazione estensiva “imprevedibile” a sfavore del reo<sup>30</sup>.

Ciò che, tuttavia, risalta subito agli occhi di chi legge la disposizione è che all’art. 49 – a differenza di quanto previsto all’art. 7 CEDU e all’art. 25 della Costituzione italiana – è espressamente sancito il principio di retroattività favorevole.

La norma, quindi, è formulata similmente all’art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, in cui è sancito, come già detto, il principio di legalità in ambito ONU e in cui trova espressa sanzione il principio di retroattività favorevole<sup>31</sup>. All’art. 15, par. 1, parte finale, del Patto, infatti, è sancito che «[...] Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l’applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne».

---

<sup>29</sup> CGCE, C-75/95, 12 dicembre 1996, X, in *Raccolta*, 1996, p. 6609. Nella pronuncia, in particolare, al par. 25 si afferma: «Per quanto riguarda più in particolare un caso come quello in esame nel procedimento a quo, che verte sull’estensione della responsabilità penale risultante da una legge adottata in particolare per trasporre una direttiva, occorre precisare che il principio che ordina di non applicare la legge penale in modo estensivo a discapito dell’imputato, che è il corollario del principio della previsione legale dei reati e delle pene, e più in generale del principio di certezza del diritto, osta a che siano intentati procedimenti penali a seguito di un comportamento il cui carattere censurabile non risulti in modo evidente dalla legge. Tale principio, che fa parte dei principi generali di diritto poiché si trova alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, è stato altresì sancito da diversi trattati internazionali e, in particolare, dall’art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali [...]».

<sup>30</sup> Sul punto R. SICURELLA, *op. cit.*, p. 985 evidenzia che nella pronuncia CGCE, C-75/95, 12 dicembre 1996, X, in *Raccolta*, 1996, p. 6609 la Corte afferma «non solo il *divieto di applicazione analogica* ma altresì il *divieto di interpretazione estensiva* [...]. La forza di tale adesione al principio in esame da parte della Corte [...] emerge in particolare laddove si consideri che il divieto di interpretazione estensiva viene affermato per la prima volta relativamente ad ‘ipotesi in cui era in questione l’obbligo gravante sul giudice nazionale di interpretare e applicare le pertinenti norme di diritto nazionale quanto più possibile alla luce del testo e delle finalità dell’atto europeo (nel caso di specie una direttiva) [...]. Analogamente a quanto riscontrabile nella giurisprudenza della Corte CEDU, quello sancito dalla Corte di Giustizia è il divieto di interpretazione estensiva «imprevedibile» (non potendosi ritenere il divieto di interpretazione estensiva in senso ampio annoverato tra le tradizioni costituzionali comuni, né ricondotto ai contenuti dell’art. 7 CEDU, X, C-74/95, cit.)».

<sup>31</sup> Si veda sul punto Cap. I, § 5, nonché Cap. III, § 1.

Come si è visto, tuttavia, in ambito CEDU il principio di retroattività favorevole è stato ritenuto incluso all'art. 7 dalla giurisprudenza della Corte a partire dal caso *Scoppola c. Italia*<sup>32</sup>.

Per quanto riguarda l'Italia, invece, si è visto che il principio di retroattività favorevole trova fondamento costituzionale agli artt. 3 e 117, comma 1, della Costituzione<sup>33</sup>.

Come avviene all'art. 7 CEDU, inoltre, all'art. 49 CDFUE è affermato che «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»<sup>34</sup>.

Sul punto occorre avvertire che rispetto all'art. 7 CEDU scompare il riferimento alle «nazioni civili» e ci si ferma al termine «nazioni». Tuttavia, come osservato condivisibilmente in dottrina, alla luce dell'art. 52, par. 3, CDFUE, l'art. 7 CEDU e l'art. 49 CDFUE devono essere interpretati allo stesso modo<sup>35</sup>.

Ulteriore novità è rappresentata dall'espressa affermazione all'art. 49 CDFUE del principio di proporzionalità della pena<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr. Cap. III, § 3 e Cap. IV, § 4.

<sup>33</sup> Si rinvia a quanto detto nel Cap. III, § 3,

<sup>34</sup> Sul punto ci si è espressi prevalentemente in ambito CEDU, alla cui giurisprudenza, tuttavia, ci si può riferire anche in ambito UE, stante che la portata delle due disposizioni (art. 7 CEDU e art. 49 CDFUE) è da ritenersi sostanzialmente identica. Si vedano, *ex pluribus*, Comm. EDU, *Trouvier c. Francia*, 13 gennaio 1997; Comm. EDU, *Papon c. Francia*, 15 novembre 2001; Corte EDU, ricorso n. 5189/99, 4 maggio 2000, *Naletilic c. Croazia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111044>; Corte EDU, ricorsi nn. 74357/01, 26764/02, 27434/02, 19 febbraio 2008, *Kuolelis, Bartosevicius e Burokevicius c. Lituania*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85154>; Corte EDU, ricorso n. 36376/04, 17 maggio 2010, *Kononov c. Latvia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98669>. In letteratura si veda D. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on human rights*, Oxford, 2009, p. 282 ss.; P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, The Netherlands, 1998, p. 487 ss.

<sup>35</sup> E. LUPO, *op. cit.*, p. 105; R. SICURELLA, *op. cit.*, p. 990;

<sup>36</sup> In tema si veda C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2012, p. 111 ss.; A. M. MAUGERI, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa alle sanzioni amministrative comunitarie*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 67 ss. R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione della teoria delle*

La pena, quindi, non soltanto deve essere prevista dalla legge – così come previsto dall’art. 25 Cost. e dall’art. 7 CEDU – ma deve anche essere proporzionata al disvalore penale del fatto.

L’espressa affermazione del principio rappresenta, quindi, un *unicum* nel panorama europeo, in quanto non trova espressa consacrazione né nella Costituzione italiana, né in ambito CEDU.

Occorre evidenziare, però, che non rappresenta un principio innovativo presente soltanto in ambito UE.

Il principio di proporzionalità della pena, infatti, è stato riconosciuto sia dalla giurisprudenza CEDU<sup>37</sup>, che, come si vedrà nel seguito della trattazione del lavoro, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

È sufficiente qui evidenziare che in Italia, se pur non espressamente sancito, il principio trova fondamento costituzionale agli artt. 3, 25, comma 2, e all’art. 27 della Costituzione.

La Corte costituzionale, come si vedrà meglio in seguito, si è espressa in tema più volte, estendendo il proprio sindacato sulla pena stabilita dal legislatore e dichiarando incostituzionali le pene previste da alcune fattispecie criminose perché irragionevoli e sproporzionate al disvalore penale del fatto.

Una pena non proporzionata, infatti, sarebbe vissuta dal reo come ingiusta e risulterebbe in contrasto con il principio di ragionevolezza e con il principio di rieducazione del condannato. Sul punto si rinvia a quanto si dirà di seguito.

Soffermandoci, infine, per quanto maggiormente interessa ai nostri fini, sul corollario della riserva di legge, occorre osservare che in ambito UE non si fa riferimento alla “legge”, ma al “diritto” interno e internazionale.

Sebbene, infatti, in una prima formulazione della norma si facesse riferimento alla “legge”<sup>38</sup>, successivamente si preferì riferirsi al più ampio termine “diritto”<sup>39</sup>.

---

*competenze in materia penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2620 ss.

<sup>37</sup> In tema si veda S. VAN DROOGHENBROEK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme. Prendre l’idée simple au sérieux*, Bruxelles, 2001.

<sup>38</sup> Nota del *Presidium* 28 febbraio 2000.

<sup>39</sup> Nota del *Presidium* 8 marzo 2020.

La scelta appare condivisibile sul piano sovranazionale perché così risulta possibile cercare di conciliare gli ordinamenti di *civil law* con quelli di *common law* che caratterizzano le tradizioni giuridiche dei diversi Paesi membri.

La norma, inoltre, si pone in linea con quanto sancito nella CEDU.

Sul piano nazionale italiano, invece, la scelta è da sottoporre alle medesime considerazioni critiche a cui è stata sottoposta la “riserva di diritto” in ambito CEDU, perché a livello europeo non si richiede che le scelte criminose vengano effettuate tendenzialmente da organi rappresentativi della volontà popolare<sup>40</sup>.

Per quanto riguarda i caratteri della legge, con specifico riferimento alla “accessibilità” e alla “prevedibilità” richiesti dalla CEDU, in ambito UE la giurisprudenza della Corte di Giustizia è risultata più restia ad esprimersi in tema.

Una timida apertura in tal senso, infatti, sembra si sia avuta soltanto nella giurisprudenza più recente<sup>41</sup>.

Sul punto, però, occorre osservare che in passato non mancano precedenti dai quali è possibile dedurre una sintomatica dimostrazione dell'accoglimento di una nozione di legge accessibile e prevedibile.

A tal riguardo, ad esempio, si pensi a quanto detto in precedenza in ordine al divieto per gli Stati di applicare la legge penale interpretandola estensivamente in modo “imprevedibile”.

La *ratio* del divieto, infatti, sembra da potersi ravvisare nella necessità di avere una legge che deve essere accessibile e prevedibile nella sua interpretazione

---

<sup>40</sup> Sul punto si richiamano le considerazioni già svolte in Cap. IV, § 3. Sulla mancanza di democraticità della riserva di “legge” europea si veda pure R. SICURELLA, *Art. 49*, cit., p. 979; A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, p. 31 ss.; O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2249 ss.; G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorenti per la storia del pensiero giuridico moderno, Principio di legalità e diritto penale*, II, 36, Milano 2007, p. 1248 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorenti per la storia del pensiero giuridico moderno, Principio di legalità e diritto penale*, II, 36, Milano 2007, p. 1293 ss.

<sup>41</sup> In particolare si veda CGUE, C-413/08, 17 giugno 2010, *Lafarge S.A. c. Commissione*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2010:346, §§ 94-95; CGCE, cause riunite C-189/02 P, C-202/02, C-205/02, C-208/02, C-213/02, 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri A/S ed altri c. Commissione*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2005:408, §§ 216-219.

e applicazione. Il divieto, in altri termini, non è altro che diretta conseguenza dei caratteri di accessibilità e prevedibilità della legge penale.

Ciononostante, la Corte di Giustizia si è occupata della legalità europea sotto altri profili in numerose occasioni, riguardanti i diversi aspetti del mercato europeo, la pesca, l'agricoltura e le politiche di concorrenza<sup>42</sup>.

Se ne è occupata, inoltre, in tema di mandato d'arresto europeo<sup>43</sup>.

Ciò posto, occorre osservare, infine, che la Corte di Giustizia dell'UE ha accolto di buon grado anche l'estensione delle garanzie previste in tema di legalità

---

<sup>42</sup> Per una panoramica dell'ampia giurisprudenza sul punto si rinvia a R. SICURELLA, *Art. 49*, cit., pp. 976-978.

<sup>43</sup> Il tema è stato già affrontato in un precedente scritto, a cui si rimanda per maggiori approfondimenti, anche di natura bibliografica e giurisprudenziale, V. TELARO, *op. cit.*, p. 45 ss., e merita a causa del dibattito che è scaturito al riguardo un breve approfondimento anche in questa sede. In particolare, la problematica riguarda il rispetto del principio di legalità in materia di mandato d'arresto europeo. In sintesi la decisione quadro 584/2002/GAI sul mandato d'arresto europeo prevede, all'art. 2, comma 2, un elenco di 32 fattispecie criminose semplicemente menzionate nel loro *nomen iuris* e non espressamente tipizzate nei singoli elementi che le integrano, per i quali è possibile procedere all'arresto in assenza del principio di doppia incriminazione. Il principio di doppia incriminazione, come è noto, è un tipico principio di diritto internazionale previsto in tema di estradizione, in base al quale non è possibile procedere con la consegna del reo ad un altro Stato se la relativa richiesta di estradizione non è effettuata con riguardo a un reato già sancito nell'ordinamento dello Stato richiesto. Tale previsione sembra porsi in contrasto con il principio di legalità in materia penale, in quanto si tratta di reati che spesso si prestano a interpretazioni differenti nei singoli Stati membri. Tra quelli maggiormente emblematici al riguardo vi sono i reati di terrorismo, razzismo, xenofobia e omicidio volontario. Il reato di terrorismo, infatti, può dare luogo a differenti interpretazioni tra gli Stati membri, in quanto vi è la nozione di terrorismo nazionale e quella di terrorismo internazionale. Ancora più problematica è la previsione dei reati di razzismo e xenofobia, che si prestano a diverse interpretazioni politiche. Si pensi, infine, con riferimento all'omicidio volontario, ai problemi che possono scaturire fra i Paesi europei che garantiscono l'eutanasia e quelli che, invece, non la prevedono. In tema, tuttavia, la Corte di Giustizia ha rilevato che la sanzione penale non discende direttamente dalla Decisione quadro, ma dalla legislazione nazionale dello Stato richiedente, che dovrà garantire le istanze di tipicità. Il punto a parere di chi scrive rimane comunque controverso, in quanto vi sono Paesi in Europa più o meno garantisti e ciò potrebbe provocare dei problemi in ordine al rispetto delle garanzie fondamentali riconosciute in tema di libertà personale nei Paesi dell'Europa occidentale più garantisti. Si pensi, ad esempio, che la nuova Costituzione ungherese ha previsto stringenti limiti alla libertà di stampa e la loro violazione potrebbero dare luogo a incriminazioni non previste dagli altri ordinamenti. Nonostante ciò, la decisione 584/2002/GAI potrebbe obbligare gli Stati membri richiesti a dare seguito a un mandato d'arresto europeo per tali violazioni.



penale alle sanzioni amministrative che presentano valore sostanzialmente penale sulla base dei criteri *Engel*<sup>44</sup>.

La Corte di giustizia, quindi, adeguandosi alla giurisprudenza CEDU, ha affermato che, al fine di verificare l'applicabilità dello "statuto della legalità" penale, non occorre fare riferimento al *nomen iuris* attribuito dal legislatore, ma ai criteri sostanziali che riguardano le sanzioni amministrative<sup>45</sup>.

D'altronde, la Corte di giustizia non poteva che decidere così. L'art. 52, par. 3, CDFUE, infatti, impone che i diritti della Carta che trovano un corrispondente diritto nella CEDU, vanno interpretati al medesimo modo.

### **3. Fonti penali e Unione europea. Il principio di attribuzione come "stella polare" per il Legislatore**

L'Unione europea, come si è visto in precedenza, agisce sulla base del c.d. principio di attribuzione, ossia soltanto in quelle materie previste dai Trattati<sup>46</sup>.

Ciò posto, in materia penale l'Unione europea non ha alcuna competenza diretta attribuita dagli Stati.

Le esigenze di tutela della libertà personale, infatti, impongono che tale materia rimanga di esclusiva competenza nazionale e, tendenzialmente, dell'organo rappresentativo del popolo. Infatti, tra le competenze espressamente attribuite dai Trattati all'Unione europea non compare alcuna competenza in materia penale.

In senso contrario non sembra deporre nemmeno il disposto di cui all' art. 261 TFUE in cui è previsto che «I regolamenti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio in virtù delle disposizioni dei trattati possono attribuire alla Corte di giustizia una competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei regolamenti stessi»<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> *Ex multis*, CGUE, C-489/10, 5 giugno 2012, *Bonda*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2012:319; CGUE, C-367/09, 28 ottobre 2010, *SGS Belgium ed altri*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2010:648.

<sup>45</sup> Cfr. Cap. IV, § 4.

<sup>46</sup> Cfr. *supra*, § 1.

<sup>47</sup> Sulle competenze in materia penale prima del Trattato di Lisbona appare utile qui riportare parte del paragrafo *L'Unione europea e il diritto penale* presente in un precedente scritto V. TELARO, *op. cit.*, p. 41 ss.: «Per comprendere come abbia avuto attuazione la cooperazione in sede penale e come si sia manifestata l'influenza del diritto comunitario sugli ordinamenti

---

giuridici nazionali, occorre ripercorrere alcune “tappe storiche” segnate da importanti pronunce della Corte di Giustizia. Si tratta di casi giurisprudenziali emblematici che forniscono una nuova lettura delle norme e dei principi del diritto penale italiano, per effetto e a causa dell’influenza del diritto europeo. La prima pronuncia da ricordare è la nota sentenza *Mais Greco* [CGCE, 21 settembre 1989, C- 68/88, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1989, p. I-2965]. In essa la Corte, per la prima volta, afferma la necessità di prevedere sanzioni di carattere effettivo, dissuasivo e proporzionato quando si tratti di intervenire per la protezione di bene giuridici che fanno capo alla Comunità europea. Secondo la Corte gli Stati, pur conservando la potestà sulla scelta delle sanzioni da applicare, devono controllare che le violazioni del diritto europeo siano contrastate sotto il profilo sostanziale e procedurale in termini analoghi a quelli prevista per le violazioni del diritto interno e che in ogni caso, come già detto, conferiscano alla sanzione un carattere di effettività, proporzionalità e capacità dissuasiva. Al fine di perseguire gli obiettivi gli Stati sono obbligati ad esercitare le proprie prerogative penali ed eventualmente introdurre nuovi reati. La seconda decisione che occorre esaminare è il c.d. caso dell’Utri [CGCE, 3 maggio 2005, Cause Riunite C-387/02, C-391/02 e C-M3/02, *Berlusconi, Adelchi, Dell’Utri e a.*, in *Raccolta*, 2005, p. I-3565] nella quale la Corte di Giustizia si è pronunciata sulla normativa italiana relativa al reato di falso in bilancio, a seguito della sua riformulazione da parte del d.lgs. 11 aprile 2002 n. 611, ritenuta da alcuni giudici in contrasto con la normativa comunitaria, poiché considerata non in grado di offrire adeguata tutela all’interesse della «trasparenza», quale sinonimo di veridicità e completezza dell’informazione societaria. In tale decisione la Corte riconferma che il «principio dell’applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri». Tale principio, proprio perché condiviso da tutti gli ordinamenti degli Stati membri, deve essere considerato come parte integrante del diritto europeo, che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale. Posta questa premessa, nel caso specifico, la questione si incentrava sulla circostanza che la norma più mite era entrata in vigore successivamente all’adozione delle direttive comunitarie che imponevano un inasprimento delle pene in tema di falso societario. Era parso incongruo, pertanto, che il legislatore nazionale avesse promulgato una legge che andasse in direzione opposta a quella indicata dall’Unione. Il quesito fu risolto dalla Corte facendo applicazione di un altro principio, secondo il quale una direttiva «non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni» [punto 74 della Sentenza]. Nel caso dell’Utri, in conclusione, la Corte di Giustizia ancora una volta ribadì due principi fondamentali. Da un lato, infatti, anche se non sembrava necessario ribadirlo, fu riaffermato che le direttive, in generale e segnatamente nel diritto penale, non hanno efficacia diretta, ma richiedono l’atto di recepimento costituito dalla norma interna. Dall’altro, conseguenza e corollario della precedente affermazione, fu ribadito che l’eventuale responsabilità da mancato o inesatto recepimento riguarda solo i rapporti tra gli Stati non potendo riguardare i rapporti tra cittadino e Stato. Un’osservazione critica, tuttavia, si rende necessaria. La giurisprudenza comunitaria fin qui elencata, non aveva mai posto in dubbio la separatezza della potestà incriminatrice dei singoli Stati dalle competenze dell’Unione. Il diritto penale, negli ordinamenti marcatamente più garantistici, è tradizionalmente riservato solo a Istituzioni investite della sovranità popolare, ragion per cui è logico che esso non possa essere attribuito alla Commissione europea che manca del profilo della rappresentatività [P.F. IOVINO, *La costituzionalità del Mandato d’arresto europeo*, Napoli, 2009, p. 17.] Ciononostante la casistica giurisprudenziale ha posto in risalto

Nella suddetta norma, infatti, non si fa espresso riferimento al carattere penale della sanzione e ciò induce a ritenere che trattasi di sanzioni di natura amministrativa volte a tutelare gli interessi dell'Unione europea<sup>48</sup>.

Non sembra disporre in tale senso nemmeno l'art. 86 TFUE, in cui è sancito, al par. 1, che «Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea» e, al par. 2, che «La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio (...) gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione quali definiti dal regolamento (...)»<sup>49</sup>.

---

l'esistenza di due fonti contrapposti. Da un lato si colloca la Commissione la quale, in virtù della sua natura di organo esecutivo dell'Unione Europea e, dunque, a causa della propria natura di organo "operativo", mira al riconoscimento di una propria competenza in una materia, quale quella penale, che richiede interventi diretti a far fronte alle criticità che verranno in rilievo. Dall'altro si colloca il Consiglio dell'Unione europea, che invece rivendica la propria funzione legislativa e riconosce alla competenza nazionale la potestà sulla normativa penale di dettaglio. La posizione sostenuta dal Consiglio non era mai stata messa in discussione. Con la sentenza della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005 [CGCE, 13 settembre 2005, C-176/03, *Commissione c. Consiglio dell'UE*, in *Raccolta*, 2005, p. I-7879], tuttavia, pronunciata in materia ambientale, fu enunciato un principio dirompente. In via preliminare fu riaffermato che in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza dell'Unione. L'elemento innovativo, tuttavia, si rinviene nel punto 48 della sentenza, laddove si afferma che «quest'ultima constatazione non può tuttavia impedire al legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente». Ne discende la possibilità che una normativa penale possa essere introdotta anche per il tramite di un organo dell'Unione e che tale sentenza abbia ribaltato il tradizionale orientamento che negava al legislatore comunitario una competenza penale». In tema si veda in dottrina anche C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.

<sup>48</sup> Cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Molfetta, 2018, 115 ss.

<sup>49</sup> La norma rappresenta il fondamento nei Trattati dell'istituzione dell'Ufficio del Pubblico Ministero europeo (EPPO). Sul punto nella letteratura più recente si veda, fra gli altri, N. GALANTINI, *Giurisdizione e competenza nella disciplina della Procura europea: una sintesi della complessa disciplina di fonte regolamentare*, in *Milan Law Review*, 3, 1, 2022, p. 38 ss.; A. L. VALVO, *Brevi note critiche sulla procura europea*, in *Penale. Diritto e procedura*, 7 giugno 2022; G. BARROCU, *La Procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Padova, 2021; L. SALAZAR, *L'adeguamento interno da parte italiana al regolamento Eppo alla vigilia dell'avvio delle prime indagini*, in *Sistema Penale*, 4, 2021, p. 53 ss.; V. MANES, M. CAIANELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, p.

Da una lettura letterale della disposizione, infatti, potrebbe dedursi che il regolamento in questione sia legittimato a prevedere fattispecie di reato europee.

In tal senso, tra l'altro, sembra deporre parte della dottrina che afferma «non è azzardato - sebbene la questione sia controversa [...] - spingersi a dire che l'art. 86 TFUE sembri legittimare l'UE a dotarsi di una legislazione unitaria, sia sostanziale che processuale, a tutela dei propri interessi finanziari, attraverso la fonte del Regolamento [...]»<sup>50</sup>.

In realtà, però, come sottolineato da altri autori, l'art. 86 TFUE ha soltanto un carattere di natura procedurale, con il quale si attribuisce alla Procura europea la competenza ad indagare su alcuni particolari reati, ma questi sono soltanto quelli individuati e disciplinati dal diritto nazionale, con le pene fissate dagli Stati membri<sup>51</sup>.

Tale ultima tesi sembra da condividere perché è quella maggiormente fedele alla *ratio* della disposizione normativa, che è quella di coordinamento a livello europeo delle indagini e della persecuzione dei reati connessi con la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea.

L'assenza, tuttavia, di un potere diretto in materia penale dell'Unione europea, non significa che questa non possa incidere in via indiretta.

Tale potere indiretto è possibile ricavarlo da alcune norme europee<sup>52</sup>.

---

108 ss.; E. ZANETTI, *La via italiana alla procura europea nella delega per l'implementazione del Regolamento (UE) 2017/1939*, in *Proc. pen. giust.*, 1, 2020, p. 264 ss.; S. RUGGERI, *Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 603 ss.; R. SICURELLA, *Spazio europeo e giustizia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 849 ss.

<sup>50</sup> Così V. MANES, M. CAIANIELLO, *op. cit.*, p. 109.

<sup>51</sup> Cfr. R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2021, p. 13 ss. Come sottolineato, inoltre, da C. SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penale dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1150 ss., in base alle competenze attribuite con il Trattato di Lisbona, l'Unione europea in materia penale avrà sempre bisogno di una legge nazionale di attuazione e quindi, potrà soltanto «criminalizzare senza punire».

<sup>52</sup> Cfr. in tema C. GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pisa, 2021; G. INSOLERA, *Europa e diritto penale. Principi generali: competenza e legittimazione*, in *Discrimen*, 30 luglio 2021; V. MANES, M. CAIANIELLO, *op. cit.*, p. 36 ss.; A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, Torino, 2020, p. 17 ss.; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 114 ss.; G. DE VERO, *Gli obblighi di penalizzazione di fonte europea*, in C. E. PALIERO, S. MOCCIA, G. INSOLERA, R. RAMPIONI, L. RISICATO, *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, Napoli, 2016, p. 93 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili di intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; A. BARLETTA, *La*

In particolare, rileva sul punto l'art. 6, par. 1, del TUE in cui l'Unione riconosce, come già visto, la CDFUE.

Nella CDFUE, infatti, il Capo VI è dedicato alla «Giustizia, in cui è sancito il già visto art. 49 dettato in tema di principio di legalità penale<sup>53</sup>.

Rileva, altresì, l'art. 325 del TFUE in cui è previsto che gli Stati a tutela degli interessi finanziari dell'Unione adottano le medesime misure – quindi anche penali – previste a tutela dei propri interessi finanziari<sup>54</sup>.

La disposizione, tuttavia, maggiormente esplicativa in tema di poteri dell'Unione europea in materia penale è rappresentata dall'art. 83 del TFUE in cui, al par. 1, è espressamente sancito che «Il Parlamento europeo e il Consiglio (...) possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione sovranazionale (...)» (c.d. competenza penale autonoma)<sup>55</sup>.

Dette sfere di criminalità sono quelle indicate tassativamente all'art. 83 (ad esempio terrorismo, tratta degli esseri umani, riciclaggio di denaro), nonché quelle attinenti alle «altre sfere di criminalità (...)» stabilite con delibera all'unanimità dal Consiglio previa approvazione del Parlamento europeo.

L'Unione europea, inoltre, ai sensi dell'art. 83, par. 2, può intervenire tramite direttive – che possono a seconda dei casi essere adottate anche con la procedura legislativa speciale - a stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari si renda necessario per garantire l'efficace attuazione del diritto dell'UE in un settore «che è stato già oggetto di misure di armonizzazione». In altri termini, per raggiungere meglio un obiettivo extra-penale e che è stato già oggetto

---

*legalità penale tra diritto dell'Unione europea e Costituzione*, Napoli, 2011; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettiva*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 27 ottobre 2011; G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2307 ss.; G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, p. 235 ss.; R. SICURELLA, *Questioni*, cit.; C. SOTIS, *op. cit.*, p. 1150 ss.; E. APRILE, F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009; V. PLATAMURA, *Una nuova frontiera europea per il diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 918.

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> Ibidem.

<sup>55</sup> Ibidem.

di intervento dell'UE, quando tale obiettivo non è stato ancora soddisfatto pienamente (c.d. competenza penale accessoria)<sup>56</sup>.

Lo strumento previsto dall'art. 83 TFUE per stabilire tali norme minime e provvedere al ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale è quello della Direttiva.

L'azione dell'Unione europea, dunque, è volta all'armonizzazione dei singoli sistemi penali e obbliga gli Stati a raggiungere l'obiettivo, lasciandoli liberi di scegliere il mezzo più adatto per raggiungerlo.

L'Unione, infine, potrebbe incidere in materia penale attraverso delle disposizioni previste in fonti di diritto originario (ad esempio i Trattati) o di diritto derivato direttamente applicabili (i Regolamenti e le decisioni), volte a raggiungere un fine non penale, rientrante nelle competenze dell'UE, ma con cui allo stesso tempo si riesce ad influenzare con un effetto riflesso i sistemi penali nazionali<sup>57</sup>.

È quanto accaduto, ad esempio, in materia di esercizio della professione regolamentata in Italia (ad esempio quella di avvocato) da parte di cittadini di altri Stati membri o di cittadini italiani autorizzati secondo le norme di un altro Paese dell'UE.

In particolare, in Italia tale esercizio avrebbe potuto configurare il reato di «Esercizio abusivo della professione» di cui all'art. 348 del codice penale.

La giurisprudenza, tuttavia, ha escluso il carattere abusivo della condotta sulla base del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi previste dagli artt. 49-62 TFUE<sup>58</sup>.

In tutte le disposizioni sopra esaminate, infatti, è lasciato agli Stati la possibilità di agire in via diretta in materia penale, sebbene tale potere risulti essere influenzato in via riflessa dall'azione dell'Unione europea.

Il potere sovrano, dunque, incontra un limite alla propria potestà decisoria, in quanto obbligato a conformarsi agli obblighi sovranazionali.

Ciò riduce, in particolare, il monopolio della riserva di legge in materia penale riconosciuta al legislatore nazionale dall'art. 25 della Costituzione, in

---

<sup>56</sup> Ibidem.

<sup>57</sup> Ibidem.

<sup>58</sup> *Ex pluribus*, Trib. di Milano, Sez. IX, sent. 1° marzo 2001, in *Foro ambr.*, 2001, p. 210; Cass. pen., Sez. VI, n. 46067, 10 dicembre 2007. In dottrina, cfr. R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 122 ss.; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit. p. 166 ss.

quanto la fonte di produzione rimane la legge parlamentare o un atto ad essa equiparata, ma il cui contenuto è certamente in parte deciso a livello sovranazionale<sup>59</sup>.

Alla luce di quanto detto, dunque, la legittimità dell'intervento dell'UE in materia penale deve essere valutata tenendo in considerazione i limiti di attribuzione ad essa espressamente attribuiti dai Trattati.

Considerata, infatti, la particolarità della materia – che incide sulla libertà personale dei cittadini – è necessario che il legislatore europeo rispetti con rigore i limiti delle proprie competenze, al fine di non invadere la sfera di potestà decisoria riservata al Parlamento.

Il pieno rispetto del principio di attribuzione, dunque, sembra divenire la “stella polare” da cui farsi guidare al fine di valutare se l'intervento europeo risulti essere conforme ai dettami dei Trattati.

#### **4. Controlimiti costituzionali e primato del diritto dell'Unione europea: un conflitto di sovranità già in atto. Una (im)possibile modifica ai Trattati alla luce del principio della riserva di legge in materia penale**

Nel precedente paragrafo, si è visto che l'Unione europea presenta dei poteri indiretti in materia penale, la cui esatta delimitazione deve essere valutata alla luce di una rigorosa applicazione del principio di attribuzione, al fine di non invadere la sfera di competenza diretta degli Stati.

Tuttavia, anche le suddette attribuzioni talvolta appaiono suscitare dubbi di costituzionalità, provocando un serio problema di rispetto delle esigenze sottese al principio di legalità di cui all'art. 25 Cost, principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale.

La questione, tra l'altro, appare tutt'altro che teorica.

---

<sup>59</sup> Su tale rischio si vedano le considerazioni di F. VIGANÒ, *Norme comunitarie e riserva di legge statale in materia penale: i termini di una relazione (sempre più) problematica*, in *Quad. cost.*, 2, 2006, p. 366 ss., in cui evidenzia che l'incidenza del diritto europeo nel diritto penale interno potrebbe comportare una riduzione sempre maggiore del margine di discrezionalità riconosciuto al legislatore nazionale nel dettare la legge penale.

Ha già posto, infatti, in giurisprudenza un problema di rispetto dei principi fondamentali della Costituzione italiana, che rappresentano, come noto, un limite al primato del diritto dell'UE sulla base della teoria dei controlimiti<sup>60</sup>.

Proprio in materia penale, quindi, è sorta la questione del rispetto dei controlimiti costituzionali da parte del diritto dell'Unione europea, considerato da sempre, anche dalla dottrina pubblicistica più recente, un problema perlopiù meramente teorico<sup>61</sup>.

Si è posto nella c.d. saga *Taricco*<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> In tema di “controlimiti”, fra gli altri, A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2012.

<sup>61</sup> In tal senso R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 416. Sul punto si veda anche G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Riv. AIC*, 4, 2018, p. 421 ss. in cui si afferma «Come recentemente scritto da Augusto Barbera, i rapporti tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali si fondano sull'esistenza di due canali paralleli: da una parte la Corte di giustizia e i giudici comuni chiamati a interpretare ed applicare il diritto europeo, e quindi a disapplicare le norme nazionali contrastanti; dall'altra le Corti costituzionali chiamate, dalla sentenza Simmenthal in poi (1978), a ritrarsi rispetto all'applicazione del diritto europeo (ma inevitabilmente invogliate ad erigere barriere – i controlimiti – in nome dell'identità costituzionale nazionale). Proprio la minaccia dell'attivazione dei controlimiti, e dunque dell'innalzamento per la prima volta di quella barriera, portata avanti con decisione dalla Corte costituzionale italiana con la ben nota ord. n. 24 del 2017, si è poggiata sul rapporto tra legislazione e giurisdizione che, infatti, come prontamente sottolineato dalla dottrina più autorevole, è il nodo centrale sotteso alla vicenda *Taricco II*»

<sup>62</sup> La letteratura sulla saga *Taricco* è molto vasta, essendo un tema che riguarda diverse discipline. Si ritiene qui citare alcuni contributi in “rappresentanza” della dottrina costituzionalistica, penalistica e diritto dell'Unione europea. In particolare, si veda C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Milano, 2018; R. BIN, *Taricco tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 5 aprile 2018; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo ‘certo’*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 4 giugno 2018; D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la “saga Taricco”: tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimite e implicita negazione dell'effetto diretto*, in *European Papers*, 3, 2, 2018, p. 885 ss.; G. LANEVE, *op. cit.*, p. 421 ss.; A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017; R. BIN, *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 20 novembre 2017; M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e “dialogo” tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017, p. 97 ss.; A. NATALE, *Le tappe della c.d. saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, in *Quest. giust.*, 7 dicembre 2017; I. PELLIZZONE,



In particolare, nel caso *Taricco I*<sup>63</sup>, secondo la Corte di Giustizia UE, l'Italia ex art. 325 TFUE avrebbe dovuto disapplicare le norme penali sulla prescrizione dei reati nell'ipotesi in cui queste fossero stati causa dell'impunità di un numero considerevole di frodi gravi.

La giurisprudenza nazionale aveva reagito sostenendo che ciò provocasse dei problemi in ordine al rispetto del principio di legalità, sia con riferimento al rispetto del principio di irretroattività della norma penale, in quanto la disapplicazione avrebbe colpito anche i fatti commessi antecedentemente al predetto caso, che con riferimento al principio di tassatività e determinatezza, perché l'art. 352 TFUE non risultava essere sufficientemente tipico<sup>64</sup>.

I dubbi erano stati condivisi dalla Corte costituzionale che in un'ottica dialogica, prima di attivare i controlimiti costituzionali, si è rivolta in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia per una corretta interpretazione della norma ed esponendo le criticità sorte in merito al rispetto dei principi fondamentali sanciti dalla Costituzione italiana<sup>65</sup>.

---

*Il ruolo del giudice penale nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione (e nazionali): battaglia di retroguardia o principio ineludibile da esporre a controlimite del diritto dell'Unione europea*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017, p. 313 ss.; C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute nel rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di Giustizia?*, in *Forum di Quad. cost.*, 5 ottobre 2016; C. SOTIS, *Il limite quale controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *Dir. penale contemporaneo*, 14 ottobre 2016; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 15 maggio 2016; G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata applicazione dei controlimiti*, in *Rivista AIC*, 15 maggio 2016; F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 9 maggio 2016; V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 6 maggio 2016; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 10 dicembre 2015.

<sup>63</sup> CGUE, C-105/14, 8 settembre 2015, *Taricco ed altri*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2015:555.

<sup>64</sup> Cass. pen., ord. n. 212, 8 luglio 2016; Corte App. di Milano, ord. n. 339, 18 settembre 2015.

<sup>65</sup> Corte cost., ord. n. 24, 23 novembre 2016-26 gennaio 2017, in *Gazz. Uff.*, n. 5, 1° febbraio 2017;

I giudici di Lussemburgo, pronunciandosi in merito nel c.d. caso *Taricco II*<sup>66</sup>, mutarono il precedente orientamento e condivisero i dubbi della Corte costituzionale, permettendo così all'Italia di non applicare l'art. 352 TFUE fino a quando il legislatore nazionale non avesse provveduto a conformarsi agli obblighi europei, qualora da ciò potesse derivare un problema di rispetto dei controlimiti costituzionali<sup>67</sup>.

Occorre chiedersi, inoltre, se la riduzione della potestà nazionale di decidere in piena autonomia a livello contenutistico la legge penale sia conforme alle esigenze espresse dal principio di legalità di cui all'art. 25 Cost. e, in particolare, a quella che le restrizioni della libertà personale possano avvenire soltanto sulla base di fatti stabiliti dall'organo rappresentativo della volontà popolare, ossia il Parlamento, o da organi, come il Governo, che comunque rispondono di fronte al primo organo<sup>68</sup>.

Le fonti del diritto dell'UE, infatti, sono il frutto della decisione dei vari Stati membri in sede internazionale nel caso di diritto originario o, nell'ipotesi di diritto derivato, dalle Istituzioni dell'UE, le quali non godono di piena rappresentazione democratica dei cittadini.

Anche quando, infatti, sono adottate con la procedura legislativa ordinaria, ex art. 294 TFUE, ossia dal Consiglio dell'UE (organo non elettivo) in codecisione con il Parlamento europeo, quest'ultimo, pur essendo eletto a suffragio universale diretto dai cittadini dell'UE, non gode del potere di iniziativa legislativa - riservata alla sola Commissione europea - e deve limitarsi ad approvare o non approvare decisioni legislative altrui.

Trattasi del c.d. *deficit* di democrazia di cui sono affette le Istituzioni dell'Unione europea<sup>69</sup>.

Per una prima tesi, tale *deficit* di democrazia non permetterebbe di ritenere conforme l'azione dell'UE ai requisiti della riserva di legge, che è da intendersi

---

<sup>66</sup> CGUE, C-42/17, 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M.B.*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2017:936.

<sup>67</sup> La Corte costituzionale ha così dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale in Corte cost., sent. n. 115, 10 aprile 2018 -31 maggio 2018, in *Gazz. Uff.*, n. 23, 6 giugno 2018.

<sup>68</sup> In tema A. MASSARO, *op. cit.*, p. 17 ss.

<sup>69</sup> In tema, per tutti, A. PARESCI, *Unione Europea e democrazia: dal deficit democratico alla difesa dello Stato di diritto*, in *Pandora Rivista*, 23 dicembre 2022; A. L. VALVO, *Istituzioni*, cit., p. 92 ss. e bibliografia ivi citata; E. RIZZO, *Il deficit democratico nell'Unione Europea: un problema sempre attuale*, in *Fogli di lavoro per il diritto internazionale*, 2021, 2.8, p. 3 ss.

come esclusivamente statale<sup>70</sup>; secondo un'altra tesi, invece, la previsione di una procedura legislativa in codecisione come ordinaria potrebbe ammettere un intervento penale indiretto dell'UE<sup>71</sup>.

Orbene, a nostro avviso, come abbiamo già detto, una applicazione rigorosa del principio di attribuzione permette un intervento indiretto dell'UE anche in materia penale, salvo nei casi in cui comporti una violazione dei controlimiti.

Non appare possibile, però, estendere in modo più ampio i poteri in materia penale dell'Unione europea

Una eventuale modifica ai Trattati volta ad attribuire un potere diretto in materia penale, rischierebbe di essere immediatamente resa vana dagli Stati.

L'assenza di democraticità delle Istituzioni delle UE, infatti, potrebbe fare attivare i controlimiti costituzionali.

La disposizione penale europea, se pur astrattamente potrebbe risultare conforme ai corollari della tassatività e determinatezza, della irretroattività sfavorevole e al divieto di applicazione analogica in *malam partem*, non potrebbe mai – tenuto conto dell'attuale assetto istituzionale europeo - essere frutto della decisione di organi rappresentativi del popolo eletti in sede UE.

La norma europea, quindi, risulterebbe in contrasto con il principio della riserva di legge in materia penale<sup>72</sup>.

Prima di procedere alla modifica dei Trattati, al fine di attribuire all'Unione europea una potestà diretta in materia penale, occorrerebbe una evoluzione in senso democratico delle sue Istituzioni.

Evoluzione, tuttavia, che appare al momento a livello politico alquanto improbabile.

Nella “diatriba”, dunque, tra il primato del diritto dell'Unione europea e i controlimiti costituzionali in materia penale, sembrano “prevalere” i secondi.

---

<sup>70</sup> C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, p. 8, n. 293 ss.

<sup>71</sup> C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2011, p. 71 ss.

<sup>72</sup> In tal senso pure L. PELLEGRINI, *Riserva di legge e competenza penale europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2011, p. 55 ss.; C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., p. 42. La tesi è stata già sostenuta anche in un precedente scritto V. TELARO, *op. cit.*, p. 133

## 5. I poteri del giudice nazionale come “limite” al primato

Il possibile contrasto tra il diritto dell’Unione europea e i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, qual è il principio di legalità penale, sembra possa essere risolto in alcuni casi attraverso l’opera interpretativa dei giudici nazionali.

Si pensi, ad esempio, a una direttiva europea non ancora recepita alla scadenza nell’ordinamento interno che impone una sanzione penale più grave per un determinato fatto-reato rispetto a quella prevista dalla legge penale dello Stato.

L’Unione europea, infatti, non avendo competenza diretta in materia penale, non potrà imporre tale sanzione senza l’intervento del legislatore nazionale.

A tal proposito, dunque, appare opportuno effettuare alcune considerazioni in ordine ai poteri che può esercitare il giudice che si trovi a risolvere una antinomia normativa tra la legge penale nazionale e quella europea che ha effetti indiretti sulla prima<sup>73</sup>.

Sul punto è utile distinguere il caso in cui la norma europea risulti essere maggiormente favorevole rispetto alla disposizione penale nazionale dal caso in cui invece risulti essere più sfavorevole.

Per quanto riguarda il primo caso — ossia quello in cui la norma europea sia più favorevole rispetto a quella nazionale — qualora l’obbligo europeo sia contenuto in una fonte di diritto originario o una in fonte di diritto derivato direttamente applicabile negli ordinamenti degli Stati membri e dettata per fini non penali, il giudice nazionale, ai sensi dell’art. 11 della Costituzione, dovrà disapplicare la norma interna in contrasto alla luce del primato del diritto dell’UE.

Qualora, invece, l’obbligo europeo sia contenuto in una Direttiva, questa, come è noto, dovrà essere recepita dagli Stati membri entro un determinato termine<sup>74</sup>.

Orbene, prima della scadenza del termine, il giudice non potrà procedere alla disapplicazione della norma interna in contrasto, fino a quando il legislatore

---

<sup>73</sup> In tema di poteri del giudice di fronte a una antinomia normativa tra norma nazionale ed europea, oltre alla bibliografia già citata in precedenza nel presente capitolo, si veda, fra gli altri, A. GUAZZAROTTI, *op. cit.*, p. 90 ss; F. GIUFFRÈ, I. A. NICOTRA, F. PATERNITI, *Diritto pubblico costituzionale*, Torino, 2020, p. 445 ss.; L. DANIELE, *Diritto dell’Unione europea.*, cit., p. 245 ss. Per quanto riguarda, nello specifico, le antinomie tra norma penale nazionale e norma europea si veda R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 122 ss.; A. MASSARO, *op. cit.*, p. 44 ss.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

nazionale non decida di procedere al recepimento della direttiva europea. Non sussiste, infatti, alcun obbligo di applicazione del diritto europeo fino alla scadenza del termine previsto.

Dopo la scadenza del termine, invece, qualora la Direttiva non risulti ancora recepita, occorre distinguere l'ipotesi in cui questa pone un obbligo preciso e incondizionato da quella in cui la norma europea risulti essere formulata in modo generico e necessiti dell'intervento del legislatore nazionale.

Nella prima ipotesi, infatti, il giudice, prevedendo la Direttiva un obbligo preciso e incondizionato e maggiormente favorevole per il reo rispetto al diritto penale nazionale, dovrà procedere alla disapplicazione della norma nazionale e applicare il diritto europeo.

Nella seconda ipotesi, invece, il giudice, tenuto conto del necessario intervento del legislatore, potrà soltanto valutare di sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma penale interna in contrasto con quella europea, per violazione degli artt. 11 e 117, comma 1 della Costituzione italiana, in quanto l'ordinamento italiano non si è conformato agli obblighi sovranazionali.

Il condannato, inoltre, potrebbe agire in via risarcitoria verso lo Stato italiano per il danno che è eventualmente derivato dal mancato recepimento di un obbligo europeo imposto da una Direttiva con una norma a carattere non preciso e incondizionato<sup>75</sup>.

Rimane ferma, in ogni caso, l'eventuale attivazione della procedura di infrazione *ex artt.* 258 ss. TFUE da parte della Commissione europea o il tardivo intervento del legislatore nazionale<sup>76</sup>.

Qualora il giudice, altresì, presenti qualche dubbio interpretativo della norma europea, può sempre rivolgersi alla Corte di Giustizia in via pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Cfr. M. FRATINI, *Il sistema di diritto civile. La responsabilità extracontrattuale*, Roma, 2017, p. 149 ss.

<sup>76</sup> In tema di procedura di infrazione si vedano più diffusamente A. L. VALVO, *Istituzioni*, cit., p. 278 ss.; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea.*, cit., p. 321 ss.;

<sup>77</sup> Per approfondimenti sul ricorso in via pregiudiziale, per tutti, A. L. VALVO, *Istituzioni*, cit., p. 300 ss.

Il medesimo potere è riconosciuto anche alla Corte costituzionale quando si trovi a sindacare sulla legittimità di una norma interna in contrasto con il diritto dell'Unione europea<sup>78</sup>.

Per quanto riguarda, invece, il secondo caso - ossia quello in cui la norma europea risulti essere maggiormente sfavorevole al reo rispetto a quella penale nazionale - si pone un possibile problema di contrasto tra primato del diritto dell'UE e il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale inerenti alle garanzie riconosciute all'autore di un fatto reato dal principio di legalità penale.

Come si è visto, infatti, l'Unione europea non ha alcuna competenza diretta in materia penale, ma può intervenire soltanto in via indiretta.

Orbene, qualora la norma europea, dettata per fini non penali e che presenti degli effetti riflessi sulla norma penale interna, sia contenuta in una fonte di diritto originario o di diritto derivato direttamente applicabile, il giudice non potrà disapplicare la norma penale interna in contrasto, in quanto l'applicazione diretta del diritto dell'UE potrebbe incidere in modo sfavorevole al reo, comportando una violazione del principio di legalità in materia penale.

In primo luogo, infatti, difficilmente una norma europea dettata a fini non penali risulterà con un certo grado di tassatività e di determinatezza tale da risultare applicabile direttamente nel diritto nazionale anche nel settore penale, così come richiesto dal principio di legalità in materia penale.

Si pensi, ad esempio, a quanto avvenuto nei TARICCO in ordine alla sufficiente tassatività e determinatezza dell'art. 325 TFUE<sup>79</sup>.

In secondo luogo, invece, anche nel caso in cui la norma europea risulti sufficientemente tassativa e con un certo grado di determinatezza, il giudice non potrà comunque disapplicare la norma penale nazionale in antinomia normativa, poiché, come si è visto in precedenza, potrebbe esservi un ulteriore contrasto con un controlimite costituzionale, ossia la riserva di legge dello Stato in materia penale.

La norma, quindi, risulterà conforme al principio di tassatività e di determinatezza, ma non a quello della riserva di legge.

---

<sup>78</sup> In tema, per tutti, M. LOSANA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le Corti?*, in *Rivista AIC*, 1, 24 gennaio 2014.

<sup>79</sup> *Supra* § 4.

In ogni caso, la norma europea non può essere applicata retroattivamente in senso più sfavorevole all'autore del fatto in base al principio di irretroattività.

Nelle suddette situazioni il giudice dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale della legge di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione dei Trattati istitutivi della UE perché in contrasto con il principio di legalità penale, sulla base della c.d. teoria dei controlimiti.

L'assenza di una potestà diretta in materia penale, dunque, impedisce all'UE di incidere direttamente sulle norme penali nazionali più favorevoli al reo.

Qualora, invece, l'obbligo è imposto da una Direttiva con una disposizione precisa e incondizionata e questa non sia stata ancora recepita alla scadenza del termine, non sarà possibile per il giudice applicare il diritto europeo in luogo di quello nazionale, perché la norma sovranazionale è più sfavorevole al reo.

È necessario, infatti, l'intervento del legislatore nazionale.

Né il giudice potrà sollevare questione di legittimità costituzionale della norma nazionale più favorevole per mancata attuazione del diritto dell'UE, perché la Corte costituzionale non può sostituirsi *in malam partem* al legislatore incriminando con una sentenza additiva un fatto in modo più sfavorevole e, quindi, dichiarando incostituzionale la norma nazionale nella parte in cui non prevede ciò che sarebbe necessario prevedere per rispettare gli obblighi europei.

La medesima soluzione è da applicare nell'ipotesi di una Direttiva con disposizioni a carattere generico.

Il giudice, inoltre, potrà rivolgersi alla Corte di giustizia con un ricorso in via pregiudiziale qualora nutra un dubbio interpretativo.

Rimane ferma, in ogni caso, la possibile attivazione della procedura di infrazione da parte della Commissione europea.

In tema, tuttavia, occorre avvertire che in giurisprudenza si è posto il problema dell'inadempimento sopravvenuto del diritto dell'Unione europea da parte del legislatore nazionale<sup>80</sup>.

Mentre nelle ipotesi sopracitate si è discusso di una inattuazione originaria del diritto dell'UE, il problema qui ha riguardato l'inattuazione sopravvenuta.

---

<sup>80</sup> Corte cost., sent. n. 28, 25-28 gennaio 2010, in *Gazz. Uff.*, n. 5, 3 febbraio 2010. In tema si veda pure Corte cost., sent. 32, 12-25 febbraio 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 11, 5 marzo 2014.

In particolare, il caso concerneva una norma nazionale che prevedeva una fattispecie di reato conformemente al diritto europeo, ma che poi era stata abrogata creando un inadempimento sopravvenuto.

In questo caso, la Corte costituzionale ha ammesso eccezionalmente il proprio sindacato di costituzionalità *in malam partem* sulla norma interna abrogativa in contrasto col diritto dell'Unione europea.

La Corte, infatti, ha rilevato che la norma europea, ancorché sfavorevole all'autore del fatto - considerato che il reato era stato successivamente abrogato dal legislatore - avrebbe dovuto comunque trovare applicazione, perché la legge abrogativa risultava essere viziata da incostituzionalità *ex artt. 11 e 117, comma 1, Cost.*

La Corte, tuttavia, ha sottolineato come tale intervento non si ponesse in contrasto con la riserva di legge in materia penale, perché la legge penale conforme al diritto europeo esisteva in precedenza, ancorché poi fosse stata abrogata da una legge successiva viziata e, quindi, non legittimata a disciplinare la materia.

Di conseguenza, ha fatto rivivere la norma penale precedente, nonostante provocasse effetti in *malam partem*, per tutti i fatti commessi sotto la vigenza dell'abrogata norma.

La sentenza, però, è stata criticata in dottrina, perché l'obbligo europeo di cui si discuteva era previsto in una direttiva non ancora recepita e che, quindi, non può avere effetti senza intervento del legislatore nazionale<sup>81</sup>.

Sul punto, inoltre, occorre osservare come la Corte costituzionale in tale occasione si sia posta in una posizione di netta contrapposizione rispetto alla scelta del legislatore nazionale di abrogare il reato. Ancorché, infatti, ciò avrebbe potuto causare la responsabilità internazionale dello Stato, il legislatore rimane l'unico sovrano a decidere quali fatti debbano comportare l'applicazione di una sanzione penale.

L'intervento della Corte, quindi, sembra sollevare delle criticità in ordine al rispetto della riserva di legge in materia penale.

Si pone, inoltre, in contrasto con quanto statuito dalla stessa Corte di giustizia nel 2005, che aveva escluso la possibilità per una direttiva di determinare o aggravare la responsabilità penale a prescindere dall'intervento del legislatore<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Cfr. R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 18 ss.

<sup>82</sup> CGCE, Cause Riunite C-387/02, C-391/02 e C-M3/02, *Berlusconi, Adelchi, Dell'Utri e a.*, 3 maggio 2005, in *Raccolta*, 2005, p. I-3565.



Il punto, tuttavia, si tratterà meglio in seguito, quando ci si soffermerà sul sindacato della Corte costituzionale in materia penale a cui in tale sede qui si rinvia.

La materia, quindi, appare in continua evoluzione.

Al di là di tutto, però, sembra possa confermarsi quanto detto nel corso dell'intera trattazione: alla luce della situazione politica e giuridica attuale, è da escludere una competenza diretta dell'Unione europea, che è legittimata ad intervenire in materia penale soltanto con l'esercizio di poteri indiretti.

# CAPITOLO VI

## LA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIARIA NEGLI ORIENTAMENTI DOTTRINALI E NEGLI ISTITUTI DI DIRITTO PENALE POSITIVO

SOMMARIO: 1. Nozione e possibili classificazioni della discrezionalità giudiziaria penale. 2. La discrezionalità giudiziaria negli orientamenti della dottrina. 3. La discrezionalità “pura” negli istituti di diritto positivo. 4. La discrezionalità “impura” negli istituti di diritto positivo.

### **1. Nozione e possibili classificazioni della discrezionalità giudiziaria penale**

Disquisire di discrezionalità giudiziaria in un settore dell’ordinamento in cui vige il principio della riserva di legge assoluta o, comunque, tendenzialmente assoluta potrebbe sembrare un paradosso.

Il principio di legalità penale, infatti, ha determinato, come abbiamo visto, l’abbandono del sistema penale basato su regole prevalentemente consuetudinarie e in cui erano riconosciuti ampi poteri discrezionali al giudice che caratterizzava il periodo antecedente all’affermazione dell’Illuminismo<sup>1</sup>.

Anche nel diritto penale, tuttavia, vi sono delle ipotesi in cui è attribuito al giudice un margine di scelta nel caso concreto tra due o più possibilità di decisioni lecite in base all’ordinamento giuridico<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. Cap. I, §§ 2 e 3. Per ulteriori approfondimenti sulla discrezionalità in tale periodo si veda R. SATURNINO, voce *Discrezionalità. II) Diritto penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, pp. 1-2, in cui si afferma, in particolare che «il formalismo dello stato di diritto, nel pretendere una regolamentazione quanto più possibile precisa nell’esercizio, non solo giudiziale, del potere punitivo, veniva a porsi in stridente contrasto con l’assoluto “sostanzialismo” che aveva caratterizzato tradizionalmente l’esercizio del magistero punitivo [...]. Non è che in precedenza mancassero dei riferimenti del carattere generale: ve n’erano fin troppi, in base ai quali il giudice, potendo richiamarsi ad *opinio doctorum, usus fori, consuetudo*, statuti, leggi particolari e così via, esercitava il suo potere secondo l’arbitrio più sfrenato».

<sup>2</sup> Per tale definizione, per tutti, A. BARAK, *La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l’amministrazione della giustizia*, in *Politica del diritto*, XXXIV, 1, 2003, p. 3 in

Sul tema della discrezionalità penale, come problema meritorio di una trattazione a carattere generale, si è interrogata in modo ampio autorevole dottrina dal dopoguerra alla fine degli anni '80 del secolo scorso<sup>3</sup>.

Accanto a tali trattazioni, vi sono stati anche degli Autori che si sono occupati della discrezionalità con particolare riferimento a specifici istituti di diritto positivo<sup>4</sup>.

---

cui si afferma «definisco discrezionalità giudiziaria (d'ora in poi DG) il potere conferito al giudice di scegliere tra due o più alternative, ognuna conforme alla legge. La DG in questa configurazione non rappresenta una dimensione né emozionale né mentale. È piuttosto una condizione giuridica nella quale il giudice ha la libertà di scegliere tra diverse opzioni. È come se il sentiero della legge fosse arrivato ad un bivio e il giudice dovesse decidere – senza chiare indicazioni e direttive – quale strada imboccare».

<sup>3</sup> In tema R. SATURNINO, *op. cit.*, p. 2 ss.; E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, 1985, p. 744 ss.; A. M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Il Tommaso Natale, Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, 1979, p. 274 ss.; T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza della pena*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1976, p. 371 ss.; A. R. LATAGLIATA, *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, p. 337 ss.; ID., *Circostanze discrezionali e prescrizioni del reato*, Napoli, 1967; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione ed aspetti costituzionali*, Vol. I, Milano, 1965; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, p. 168 ss.; S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947; G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939. Sul punto si veda anche F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.

<sup>4</sup> Senza pretesa di esaustività nell'indicazione del panorama bibliografico sul punto si vedano, in particolare, G. CARUSO, voce *Recidiva*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV Agg., Torino, 2008, p. 1037 ss.; A. M. STILE, *Prospettive di riforma della commisurazione della pena*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive. Atti del Convegno, Palermo 7-10 novembre 1991*, Milano, 1993, p. 317 ss.; C. F. GROSSO, *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 1992, p. 1474 ss.; A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 1981, p. 25 ss.; M. G. TASCONE, voce *Applicazione della pena*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1988, p. 1 ss.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979; P. NUVOLONE, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle pene*, in AA. VV., *Trent'anni di diritto e procedura penale, Studi*, II, Milano, 1969, p. 1561 ss.; G. CONTENUTO, *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione tra le circostanze*, in *Il Tommaso Natale*, 1968, p. 657 ss.; G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 297 ss.; D. SIRACUSANO, *In tema di discrezionalità nell'applicazione della pena. Appunti sulla motivazione dell'applicazione della pena*, in *Foro pen.*, 1957, p. 369 ss.

Tuttavia, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, salvo che in un interessante contributo monografico del 2009<sup>5</sup>, il tema, nella sua connotazione generale, sembra essere stato abbandonato.

In realtà, alla luce delle numerose ipotesi legislative di discrezionalità penale introdotte nella legislazione penale negli ultimi anni, sembra che la questione meriti una ulteriore e rinnovata valutazione e che, quindi, siano maturi i tempi per riaprire un dibattito che sembrava ormai sopito<sup>6</sup>.

Prima di procedere, tuttavia, appare opportuno chiarire che la discrezionalità di cui qui si discute è quella prevista espressamente o implicitamente dal legislatore, ma che può risultare giustificata, nonostante il principio di riserva di legge in materia penale e il principio di tipicità, qualora risulti ragionevole e giustificata alla luce di altri valori costituzionali.

Nel seguito della trattazione, invece, si verificherà se vi sono dei casi in cui la giurisprudenza, pur in assenza di una espressa o implicita previsione legislativa di discrezionalità giudiziaria, abbia superato i limiti dell'interpretazione della legge penale, quindi abusandone, e divenendo essa stessa produttrice di norme giuridiche.

Tali casi, infatti, anche quando giustificati da importanti ragioni di opportunità politica (ad esempio quella di perseguire condotte antisociali), non appaiono giustificabili, alla luce del principio della riserva di legge, di tipicità e a quello della separazione dei poteri, in assenza di espressa attribuzione legislativa. Si rinvia sul punto a quanto si dirà di seguito.

Occorre chiarire, inoltre, che l'eventuale violazione del principio di tipicità – sia nelle ipotesi legislativamente previste sia in quelle in cui probabilmente si è avvalsa di sua iniziativa la giurisprudenza – si risolve in realtà in una possibile violazione del principio della riserva di legge, sotto un profilo diverso da quello dell'uso o meno di una fonte primaria per dettare la legge penale.

---

<sup>5</sup> Ci si riferisce a G. CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009.

<sup>6</sup> Si pensi, ad esempio, all'introduzione dell'assoluzione per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* avvenuta nel 2015; alle modifiche che hanno riguardato la sospensione condizionale della pena a partire dall'anno 2004; all'istituto, di cui all'art. 34, d.lgs. n. 274/2000, che prevede la dichiarazione di particolare tenuità del fatto da parte del giudice di pace per i reati di sua competenza. In passato, invece, il dibattito si concentrava essenzialmente sulle circostanze di reato e sui criteri di commisurazione della pena.

Si è avuto modo di vedere in precedenza, infatti, che il principio di tipicità e quello di determinatezza, come sottolineato da autorevole dottrina, non sono altro che l'altra faccia della medaglia della riserva di legge in materia penale. Il corollario della riserva di legge, in particolare, risulterebbe privo di senso ed eluso nella sostanza se si permettesse al legislatore di prevedere un reato con una fonte primaria, ma adoperando formule vaghe e indeterminate, senza specificare i singoli elementi che lo integrano<sup>7</sup>.

Ciò premesso, la discrezionalità giudiziaria nel diritto penale, a parere di chi scrive, risponde a diverse funzioni.

In particolare, può avere una funzione individualizzante, ossia di rendere l'applicazione della fattispecie concreta più congrua e ragionevole in base alle circostanze presenti nel caso concreto, non prevedibili *ex ante*, in situazioni in cui la mancanza di discrezionalità potrebbe rendere irragionevole il trattamento sanzionatorio. Si pensi, ad esempio, alla possibilità per il giudice di condannare l'imputato a una pena che rientri nei limiti edittali previsti per il singolo reato.

Può essere, inoltre, volta a colmare le carenze del legislatore, un difetto di tipicità dunque, quando risulta materialmente impossibile tipizzare nello specifico una determinata situazione giudica o, quando pur materialmente possibile, risulterebbe irragionevole o renderebbe di difficilissima applicazione la norma giudica in una serie di ipotesi. Si, pensi, in questo caso, al concetto di "osceno" del reato di cui all'art. 527 c.p.

Può rispondere, infine, a ragioni di opportunità politica legate a ragioni deflattive del processo o a ragioni di indulgenza del legislatore per evitare la punibilità in alcune ipotesi di minore disvalore penale e in cui il legislatore lascia la scelta di decidere al giudice l'*an* della pena in base alle circostanze concrete. Si fa riferimento, ad esempio, all'assoluzione per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p.

Occorre sottolineare sul punto che, al di là della specifica funzione, la discrezionalità attribuita al giudice non deve dare luogo ad arbitri e deve, quindi, essere espressa in una decisione che sia equa.

Discrezionalità «non equivale a capriccio» scriveva P. CALAMANDREI già nel 1932 con riferimento al diritto processuale civile<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> In tal senso G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, p. 76. Cfr. sul punto anche Cap. II, § 1 e Cap. III, § 1, del presente lavoro.

<sup>8</sup> P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in P. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930, p. 46.

Come rilevato in dottrina, se la discrezionalità è utilizzata per raggiungere scopi diversi rispetto a quella per cui è stata attribuita, si rischia che il potere discrezionale diventi manifestazione di politica giudiziaria penale, che risulta non ammissibile in uno stato di diritto<sup>9</sup>.

Le diverse funzioni, tuttavia, saranno rese più chiare nel prosieguo della trattazione, quando si tratterà dei singoli casi di discrezionalità previsti dalla legislazione positiva.

Se pur, infatti, sembra potersi accogliere un concetto unitario di discrezionalità che trova la sua radice comune nella possibilità di scelta da parte del giudice tra più opzioni possibili, ogni ipotesi di discrezionalità ha una sua *ratio* e, quindi, risulta necessario esaminarle singolarmente<sup>10</sup>.

Pur tenendo conto, quindi, del concetto unitario di discrezionalità, è possibile fare una prima classificazione a seconda della funzione che essa assume: la *discrezionalità giudiziaria secondo la funzione*.

In tema di discrezionalità prevista direttamente dal legislatore, inoltre, a parere di chi scrive è possibile fare una ulteriore classificazione.

Si può, infatti, discutere di *discrezionalità pura* e di *discrezionalità impura*.

La discrezionalità pura si ha quando il legislatore attribuisce, espressamente o implicitamente, al giudice un autentico potere di scelta in ordine ad una data situazione giuridica concreta, limitandosi, al più (ma non sempre), ad indicare i criteri o i limiti che l'organo giudicante dovrà seguire nell'esercizio dell'attività discrezionale<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. A. M. STILE, *Discrezionalità*, cit., pp. 278-279; G. BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 75 ss. in cui afferma «A che varrebbe la provvidenza legislativa, che concede la discrezionalità al giudice, se gli scopi per i quali questo potere discrezionale fu concesso venissero disattesi o addirittura traditi?».

<sup>10</sup> Sembrano seguire tale impostazione che, superando il nucleo comune che contraddistingue tutte le ipotesi di discrezionalità penale, prescinde da una trattazione unitaria e propone una disamina differenziata in base ai singoli istituti di diritto positivo E. DOLCINI, voce *Potere*, cit., p. 747 ss.; A. R. LATAGLIATA, *Problemi attuali*, cit., p. 347.

<sup>11</sup> Sul punto, quindi, si può evidenziare che esistono due tipi di discrezionalità nell'ambito della discrezionalità che abbiamo definito come "pura": la discrezionalità vincolata dai criteri e dai limiti stabiliti dal legislatore e quella non soggetta ad alcun vincolo. In tema, in dottrina, anche nel periodo antecedente all'entrata in vigore del Codice penale del 1930, sono state avanzate diverse classificazioni per distinguere la discrezionalità "pura" e vincolata, da quella non vincolata. Tali orientamenti sono ben riportati in S. MESSINA, *op. cit.*, p. 2 ss.

Si pensi ai criteri di commisurazione della pena oppure alla discrezionalità riconosciuta al giudice nel concedere o meno il perdono giudiziale nel processo minorile.

La discrezionalità impura, invece, è legata alla presenza di un difetto intenzionale di tipicità della norma da parte del legislatore, purché sorretta da una ragione giustificatrice, che permette al giudice di esercitare la propria attività discrezionale nell'opera di interpretazione della legge.

Sul punto occorre osservare che la discrezionalità che abbiamo definito "impura" va tenuta distinta dall'arbitrio giudiziario, che si verifica quando le norme presentano un significato ambiguo per un difetto di tipicità per così dire "accidentale", per mera disattenzione del legislatore non giustificata sul piano funzionale, e che si prestano ad essere interpretate in modo arbitrario, oppure nel caso in cui il difetto di tipicità intenzionale non pare giustificato da alcuna ragione funzionale giuridicamente valida<sup>12</sup>.

Tale tipo di difetto di tipicità accidentale o intenzionale e non giustificato, più che una fisiologica ipotesi di discrezionalità di diritto positivo, rappresenta una patologia dell'ordinamento che va risolta dalla Corte costituzionale in quanto costituisce una violazione del principio di legalità.

Non sembra, tuttavia, appare semplice distinguere il difetto intenzionale giustificato da quello accidentale o intenzionale e non giustificato.

Sul punto pare che il dubbio possa essere risolto soltanto sul piano interpretativo, cercando di ricostruire le reali intenzioni del legislatore, avvalendosi soprattutto dei lavori preparatori della norma. Soltanto così, infatti, sarà possibile per l'interprete verificare la corretta natura del difetto di tipicità che caratterizza la norma.

Ciò posto, è quest'ultima classificazione, ossia quella tra discrezionalità pura e discrezionalità impura, che si è deciso di seguire nel prosieguo. Infatti, se si seguisse la classificazione della discrezionalità secondo la funzione, non risulterebbe possibile porre in luce le ipotesi previste dalla legge che non rinvergono una loro funzione ragionevole e, quindi, non giustificabili in base al principio della riserva di legge e della tipicità della legge penale, da quelle, invece, giustificabili.

---

<sup>12</sup> La distinzione tra difetto di tipicità intenzionale e accidentale è alla base, come meglio si vedrà in seguito, dell'impostazione sulla discrezionalità penale accolta da F. CORDERO, *op. cit.*, p. 168 ss.

La classificazione della discrezionalità in pura ed impura, invece, ci permette intanto di esaminare i singoli casi e, subito dopo, di interrogarci sulla loro costituzionalità.

Occorre osservare, infine, che in materia penale sono previste anche delle ipotesi di discrezionalità giudiziaria di natura non sostanziale o di dubbio valore sostanziale.

Tale ipotesi, quindi, non rilevano sotto il profilo del rispetto della riserva di legge in materia penale, salvo che, nei casi dubbi, venga appurato il loro valore sostanziale.

Si pensi, ad esempio, ai requisiti di applicazione delle misure cautelari previsti dal codice di procedura penale oppure ai requisiti che devono essere accertati per la concessione dei benefici penitenziari.

Vi sono, in aggiunta, ipotesi di discrezionalità nel settore penale attribuite dal legislatore ai soggetti diversi dal giudice e che rispondono, di solito, a ragioni di opportunità politica.

A tal proposito si pensi alle condizioni di procedibilità richieste per perseguire alcuni reati, come, ad esempio, la querela. la richiesta di procedimento e l'istanza di procedimento (artt. 120 ss. c.p. e artt. 336 ss. c.p.p.).

Oppure alla richiesta di procedere con giudizio abbreviato (artt. 438 c.p.p.) o al patteggiamento (artt. 444 c.p.p.).

I suddetti casi di discrezionalità, tuttavia, fuoriescono dall'oggetto della nostra indagine, in quanto, non avendo natura giudiziaria o sostanziale, non rilevano sotto il profilo del rispetto del corollario della riserva di legge. Nei paragrafi che seguiranno, pertanto, ci si concentrerà soltanto sulle ipotesi di discrezionalità giudiziaria previsto nell'ambito del diritto penale sostanziale.

## **2. La discrezionalità giudiziaria negli orientamenti della dottrina**

La letteratura si è a lungo interrogata sul corretto inquadramento giuridico del fenomeno della discrezionalità giudiziaria.

Come si è avuto modo di evidenziare, infatti, non sempre è facile distinguere le ipotesi di discrezionalità giudiziaria previste dal legislatore da quelle che sono frutto di meri difetti di tipicità non giustificati sul piano funzionale delle norme oppure da quelle che sono frutto dell'attività interpretativa arbitraria del giudice finalizzate a soddisfare ragioni di politica criminale in assenza di una chiara volontà del legislatore.



In particolare, secondo S. MESSINA, il fenomeno della discrezionalità è da ravvisare in tutti i «casi in cui la fattispecie non è completa, essendo stati usati concetti indeterminati che abbisognano, nell'applicazione, di un'ulteriore opera di apprezzamento da parte di chi applica la norma»<sup>13</sup>.

L'AUTORE, quindi, accoglie una concezione ampia di discrezionalità, in cui ogni momento di indeterminatezza della norma, diviene discrezionalità<sup>14</sup>.

Sul punto, tuttavia, F. CORDERO precisa che il fenomeno della discrezionalità, in realtà, non includerebbe le ipotesi di discrezionalità legislativa non intenzionali<sup>15</sup>.

L'AUTORE, infatti, evidenzia che devono essere ricondotti nel fenomeno della discrezionalità penale soltanto quei casi in cui il rimando al potere valutativo del giudice sia frutto di una volontà intenzionale del legislatore perché non vuole o non può esprimersi in modo più tassativo<sup>16</sup>.

Si tratta delle disposizioni redatte con la c.d. tecnica di «normazione sintetica»<sup>17</sup>.

Sono, invece, da escludere dal campo della discrezionalità giudiziaria tutte quelle ipotesi in cui il difetto di tipicità non risulta essere intenzionale, ma si è in presenza di una mera norma formulata in modo ambiguo<sup>18</sup>. Tale ultima ipotesi è da risolvere direttamente sul piano interpretativo<sup>19</sup>.

La tesi che ravvisa un fenomeno di discrezionalità in ogni ipotesi di indeterminatezza della legge – anche nella versione maggiormente precisa rispetto

---

<sup>13</sup> S. MESSINA, *op. cit.*, p. 7.

<sup>14</sup> Sul punto cfr. anche G. CARUSO, *La discrezionalità*, cit., pp. 23-24; R. SATURNINO, *op. cit.*, p. 2; E. DOLCINI, voce *Potere*, cit., p. 745; F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 33 ss.

<sup>15</sup> F. CORDERO, *op. cit.*, p. 168 ss.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Così F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 45.

<sup>18</sup> F. CORDERO, *op. cit.*, p. 168 ss. In tema si vedano pure G. CARUSO, *La discrezionalità*, cit., p. 25 ss.; E. DOLCINI, voce *Potere*, cit., p. 746; R. SATURNINO, *op. cit.*, p. 2 ss.; F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 44 ss.

<sup>19</sup> Cfr. F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 45.

a quella di S. MESSINA avanzata da F. CORDERO – è stata critica dalla dottrina successiva<sup>20</sup>.

Già nell'anno 1959 M. MASSA, trattando specificamente delle circostanze attenuanti generiche, aveva posto in dubbio la concezione ampia di discrezionalità penale. Per l'AUTORE tutte le ipotesi di discrezionalità risultano finalizzati alla giustizia nel caso concreto, ossia all'equità, ma sembra allo stesso ripudiare una nozione ampia di discrezionalità<sup>21</sup>.

La tesi, tuttavia, ha raggiunto un approfondimento maggiore con la dottrina successiva.

Ci si riferisce, in particolare, a F. BRICOLA, il quale ha ritenuto che una nozione così ampia di discrezionalità finisce per porre in secondo piano le differenze tra due fenomeni differenti: il difetto di tipicità, attinente alla tecnica di formulazione della norma; il rinvio alla decisione valutativa e discrezionale del giudice da parte del legislatore<sup>22</sup>.

F. BRICOLA, in particolare, evidenzia che la concezione ampia di discrezionalità avanzata dalla citata dottrina, è caratterizzata da un errore di metodo, perché è intrisa di concettualismo. Secondo l'AUTORE, invece, è necessario esaminare il fenomeno della discrezionalità penale partendo dai dati normativi a disposizione, per poi procedere a un suo corretto inquadramento giuridico<sup>23</sup>.

F. BRICOLA, però, sottolinea che l'impostazione di S. MESSINA, probabilmente, è viziata dal fatto che egli scrive in un periodo antecedente

---

<sup>20</sup> Per una ricostruzione di tale critica cfr. G. CARUSO, *La discrezionalità*, cit., p. 27 ss.; R. SATURNINO, *op. cit.*, p. 2 ss.; E. DOLCINI, voce *Potere*, cit., p. 746 ss.; T. DELOGU, *op. cit.*, p. 371 ss.; F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 33 ss.

<sup>21</sup> M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959. Sullo stretto rapporto tra discrezionalità ed equità si veda pure A. BARAK, *op. cit.*, p. 7 in cui scrive «L'esercizio della DG deve essere equo. L'equità (*fainess*) comprende diversi elementi. Essa implica imparzialità. Il giudice deve trattare le parti in maniera uguale. Questo significa che la DG è fondata su specifiche verifiche. Richiede che si renda ragione del modo in cui la discrezionalità è usata. Un'idea che riposi nella mente di qualcuno è una cosa. Altro è porla in parola».

<sup>22</sup> F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 41 ss. In tema si veda pure F. BRICOLA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della sanzione criminale (natura e profili costituzionali)*, in *Monitore dei Tribunali*, 1968; ID., *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze di reato)*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1964, p. 1019 ss.

<sup>23</sup> F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 64.

all'entrata in vigore della Costituzione – e, dunque, dell'art. 25 Cost. – ossia nell'anno 1947<sup>24</sup>.

Per l'AUTORE il dato normativo da cui partire sono gli artt. 132 e 133 c.p., dettati in tema di potere discrezionale del giudice nella applicazione della pena, in quanto esempio paradigmatico della discrezionalità nel diritto penale<sup>25</sup>.

F. BRICOLA, tuttavia, non rinuncia a una nozione unitaria di discrezionalità, che rinviene la sua radice comune nella idea che questa serva ad individuare la regola più equa nel caso concreto e che include anche altre ipotesi oltre a quelle previste dagli artt. 132 e 133 c.p., escluse quelle attinenti al difetto di tipicità<sup>26</sup>.

Si tratta dei casi che la dottrina tedesca riconduce alla «commisurazione della pena in senso lato»<sup>27</sup>, rappresentate da quegli istituti che permettono di incidere sull'*an* e sul *quantum* sanzionatorio, come le circostanze di reato e il bilanciamento delle circostanze<sup>28</sup>.

In seguito, però, la concezione unitaria della discrezionalità è respinta da A. R. LATAGLIATA<sup>29</sup>.

In particolare, infatti, A. R. LATAGLIATA propone di abbandonare i tentativi di ravvisare una concezione unitaria di discrezionalità, e di esaminare i singoli istituti di diritto positivo singolarmente<sup>30</sup>.

Sembrano, invece, collocarsi in una posizione intermedia tra F. BRICOLA e A. R. LATAGLIATA, altri autori: A. M. STILE, E. DOLCINI e R. SATURNINO.

Tali AUTORI, infatti, pur non rinunciando a una concezione unitaria di discrezionalità, che include tutte le ipotesi di commisurazione della pena in senso

---

<sup>24</sup> Ivi, p. 42.

<sup>25</sup> Ivi, p. 72 ss.

<sup>26</sup> Ivi, p. 67 ss. Sul punto Cfr. anche G. CARUSO, *La discrezionalità*, cit., p. 28; E. DOLCINI, voce *Potere*, cit., p. 747; T. DELOGU, *op. cit.*, p., 371 ss.;

<sup>27</sup> Per tutti cfr. H. J. BRUNS, *Strafzummesungsrecht, Gesamtdarstellung*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1974; E. DOLCINI, *La commisurazione*, cit., p. 4 ss.

<sup>28</sup> Cfr. G. CARUSO, *La discrezionalità*, cit., p. 28; E. DOLCINI, voce *Potere*, cit., p. 747; T. DELOGU, *op. cit.*, p., 371 ss.

<sup>29</sup> A. R. LATAGLIATA, *Problemi attuali*, cit., p. 343 ss.; A. R. LATAGLIATA, *Circostanze*, cit., p. 63 ss.

<sup>30</sup> Ibidem.

lato, evidenziano che sia necessario riferirsi ai singoli istituti di diritto positivo per individuarne le loro specifiche ragioni<sup>31</sup>.

Nella dottrina più recente, infine, si avanza una nuova impostazione metodologica per studiare la discrezionalità.

Ci si riferisce a G. CARUSO, il quale sottolinea il tema della discrezionalità penale non può essere studiato solo sul piano dogmatico, ma occorre rinvenirne la sua essenza «attraverso un'indagine epistemologico-giudiziaria [...] [ossia una impostazione metodologica] di carattere fenomenologico, specificatamente applicato al ragionamento giudiziario»<sup>32</sup>.

Ciò posto, così come è possibile già notare dalle considerazioni svolte nel paragrafo che precede, l'impostazione di F. BRICOLA, E. DOLCINI, R. SATURNINI e A. M. STILE sembra quella che maggiormente si adatta alla definizione di discrezionalità, almeno con riferimento a quella che abbiamo definito "pura", che è stata avanzata da chi qui scrive.

Ossia una discrezionalità che presenta una radice comune, in cui è possibile far rientrare diverse ipotesi previste dagli istituti di diritto positivo, ciascuna con una propria funzionalità.

La tesi di chi scrive, inoltre, ritiene necessario – come LATAGLIATA – lo studio dei singoli istituti di diritto positivo al fine di cogliere la specificità di ciascun caso di discrezionalità penale, pur non abbandonando, a differenza del citato AUTORE, l'idea di una concezione unitaria di discrezionalità.

---

<sup>31</sup> R. SATURNINO, *op. cit.*, p. 1 ss.; E. DOLCINI, voce *Potere*, *cit.*, p. 744 ss.; A. M. STILE, *Discrezionalità*, *cit.*, p. 274 ss.; ID., *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza delle circostanze*, Napoli, 1971. Invero, G. CARUSO, *La discrezionalità*, *cit.*, p. 35 ss. ha sostenuto che la posizione di A. M. STILE appare più vicina a quella di LATAGLIATA. In realtà, ci sembra, invece, che STILE, pur evidenziando la necessità di fare riferimento ai singoli istituti, non abbandoni l'idea di una discrezionalità che presenta una radice comune. In particolare, ciò sembra evincersi da un passo contenuto in A. M. STILE, *Discrezionalità*, *cit.*, p., in cui l'Autore afferma: «Tralasciando il discorso di teoria generale e l'evoluzione nella dottrina penalistica italiana del concetto di discrezionalità [...], si può porre in rilievo che, a parte divergenze non indifferenti, oggi viene concordemente individuato e sottolineato il legame del potere discrezionale alla legge in relazione alla funzione per cui esso è attribuito [...]. In questa prospettiva. Peraltro, discrezionalità non solo non equivale ad arbitrio o capriccio, ma neppure a diritto libero o giudiziario perché essa non consiste assolutamente in un mero apprezzamento di fatto: a parte i limiti specifici relativi ai singoli istituti, la valutazione del caso concreto è in funzione dello scopo da realizzare [...]».

<sup>32</sup> Così G. CARUSO, *La discrezionalità*, *cit.*, pp. 164-165.

Tuttavia, non si può non tenere conto che la suddetta impostazione sembra debba essere in parte superata nelle ipotesi che rientrano in quella che abbiamo definito discrezionale “impura”.

A nostro avviso, infatti, anche tali casi richiedono un momento valutativo discrezionale del giudice, se pur più circoscritto rispetto alle valutazioni discrezionali pure, in quanto è presente un elemento di tipicità, ancorché dal significato ambiguo.

Si è detto, infatti, che se il difetto di tipicità risulta essere intenzionale e se tale difetto risulta giustificato sul piano funzionale e sorretto da ragioni costituzionali di pari rango a quelle espressione del principio di legalità, tali casi possono essere considerati discrezionali.

L'impostazione, quindi, sembra avvicinarsi – se pur non completamente - a quella di F. CORDERO, che aveva corretto l'ampia tesi di S. MESSINA.

Se il difetto di tipicità, infatti, è intenzionale – così come intenzionale è il caso in cui il legislatore rimette puramente la decisione al giudice nelle ipotesi di discrezionalità pura – non si vede perché tale fenomeno debba essere ricondotto necessariamente sul piano del rispetto del principio di tipicità ed escluso in automatico da quello della discrezionalità.

Pare più corretto, quindi, escludere a priori dalla discrezionalità penale le ipotesi che presentino un difetto di tipicità non intenzionale, in quanto poste sicuramente in violazione del principio di legalità e in cui lo stesso legislatore non ha sicuramente agito per soddisfare una particolare esigenza.

Al contrario, invece, non devono essere escluse a priori dalla discrezionalità penale le disposizioni che presentano un difetto di tipicità intenzionale. Tali fattispecie, infatti, vanno escluse soltanto nel caso in cui non abbiano una propria ragione giustificatrice costituzionalmente valida.

In altri termini, qualora presentino una ragione funzionale giuridicamente valida, giustificata sul piano costituzionale, devono essere considerate discrezionalità.

In caso contrario, invece, si risolvono in un mero difetto di tipicità, intenzionale, ma non giustificato da valide ragioni e, quindi, vanno escluse dalla discrezionalità penale e vanno dichiarate incostituzionali per violazione del principio di legalità. Si tratta, quindi, di casi in cui il legislatore ha agito male nell'esercizio dell'attività legislativa.

### 3. La discrezionalità “pura” negli istituti di diritto positivo

Nell’ambito della discrezionalità pura rientrano tutti quei casi in cui al giudice è attribuito un autentico potere di scelta nel caso concreto, che può essere, talvolta, guidato da alcuni criteri o limiti indicati dal legislatore.

Si tratta di ipotesi in cui è riconosciuto al giudice di incidere sull’*an* o sul *quantum* sanzionatorio, ossia di quei casi che la dottrina ha definito, come si è visto, di «commisurazione della pena in senso lato»<sup>33</sup>.

Orbene, senza volerci addentrare in particolari disquisizioni a carattere tecnico – per le quali si rimanda agli studiosi del diritto penale - appare utile, al fine di meglio comprendere nello specifico a cosa ci stia riferendo, effettuare una sintetica disamina dei casi che vengono in rilievo sul punto.

In tema, innanzitutto, rilevano gli artt. 132 e 133 del codice penale.

Tali disposizioni, infatti, attribuiscono al giudice il potere di determinare discrezionalmente la pena da infliggere al reo entro i limiti fissati dal legislatore<sup>34</sup>.

Il legislatore, infatti, di solito prevede per ciascun reato un limite edittale di penale, nel minimo e nel massimo, nell’ambito del quale il giudice dovrà fissare la pena concreta da irrogare.

Invero, vi sono delle ipotesi in cui il legislatore prevede soltanto un limite massimo di pena oppure delle pene fisse, ma si tratta di casi eccezionali.

Come esempio del primo caso, si pensi all’art. 648, comma 2, c.p., in cui è previsto che il reato di ricettazione se di particolare tenuità è punito con la «reclusione sino a sei anni e [...] [la] multa sino a euro 516».

Come esempio del secondo caso, si pensi all’art. 216, ult. comma, del R.d. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare)<sup>35</sup> che, prima dell’intervento della Corte

---

<sup>33</sup> Cfr. *supra*, § 2.

<sup>34</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale: un terreno di tensioni ed incertezze*, in *Dir. pen. e proc.*, 11, 2022, p. 1345 ss.; G. PAVICH, *Il calcolo della pena*, Milano, 2019; G. CARUSO, *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena: dovere conoscitivo o potere dispositivo del giudice?*, in *Ind. pen.*, 9, 2, 2006, p. 557 ss.; P. SEMERARO, *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, Padova, 1986; V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1983; E. DOLCINI, *La commisurazione*, cit.. Si veda anche M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L’esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020.

<sup>35</sup> R.d. 16 marzo 1942, n. 267, in *Gazz. Uff. del Regno d’Italia*, Ed. straordinaria, n. 81, 6 aprile 1942.

costituzionale n. 222/2018<sup>36</sup>, prevedeva che la condanna per il reato di bancarotta fraudolenta comportava la pena dell'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per «la durata di dieci anni».

In aggiunta, quando il legislatore si limita a prevedere soltanto il limite massimo, in realtà, si applica il limite minimo previsto in via generale per la specie di pena di cui si tratta e fissato nel Libro I, Titolo II, del codice penale.

Ad esempio, quindi, per le pene principali, quindici giorni qualora si tratti di reclusione; cinquanta euro, nel caso della multa; cinque giorni se si tratta di arresto; venti euro se si tratta di ammenda.

Ciò posto, occorre osservare che l'esercizio del potere discrezionale del giudice nel fissare la pena entro i limiti edittali non è libero.

Egli deve, innanzitutto, valutare la gravità del reato desumendola dai criteri indicati all'art. 133, comma 1, c.p., ossia: «1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa».

Deve, in aggiunta, tenere conto della capacità a delinquere del reo da desumere dai criteri indicati all'art. 133, comma 2, c.p., vale a dire: «1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo».

Nel fissare la pena, inoltre, il giudice può far uso di altri poteri discrezionali.

Può, infatti, modulare il trattamento sanzionatorio applicando una diminuzione o un aumento di pena fino a un terzo, qualora si tratti di circostanze ad effetto comune, oppure una diminuzione o un aumento superiore a un terzo, nel caso in cui si tratti di una circostanza ad effetto speciale (art. 63, comma 3, c.p.)<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Corte cost., sent. n. 222, 25 settembre-5 dicembre 2018, in *Gazz. Uff.*, n. 49, 12 dicembre 2018.

<sup>37</sup> Per tutti, I. MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Torino, 2022; D. ZANIOLO, *Le circostanze di reato*, Torino, 2013; S. MARANI, *Il reato circostanziato*, Santarcangelo di Romagna, 2007; M. ZARA, *Le circostanze del reato*, Padova, 2006; G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983.

Può, inoltre, applicare una diminuzione di pena, prendendo in considerazione circostanze a suo discrezionale giudizio rilevanti nel caso concreto e diverse da quelle specificamente indicate dal legislatore.

Si tratta delle c.d. circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62-*bis* del codice penale<sup>38</sup>.

L'individuazione delle circostanze attenuanti generiche, tendenzialmente, è rimessa alla pura valutazione discrezionale del giudice, il quale non deve seguire altri criteri se non quello equitativo e quelli indicati all'art. 133 c.p., esclusi quelli di cui al comma 1, n. 3, e del comma 2, qualora si tratti di soggetto recidivo ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.

Per espressa previsione di legge, tuttavia, «l'assenza di precedenti condanne per altri reati [...] non può essere, per ciò solo, posta a fondamento della concessione delle circostanze [...] [generiche]» (art. 62-*bis*, ult. comma, c.p.).

Il giudice, inoltre, potrà adoperare un altro potere discrezionale nel caso in cui vi sia un concorso di circostanze eterogenee (attenuanti e aggravanti) in relazione al medesimo fatto di reato<sup>39</sup>.

Il giudice, infatti, qualora sussistano sia delle circostanze attenuanti sia delle circostanze aggravanti, non potrà procedere alla loro applicazione contemporanea, ma dovrà effettuare un bilanciamento tra le stesse e decidere quali prevalgono nel caso di specie oppure se devono essere considerate equivalenti<sup>40</sup>.

L'art. 69 c.p., infatti, permette al giudice di non applicare nessuno aumento o diminuzione di pena nel caso in cui egli ritiene che nel caso concreto le circostanze aggravanti e quelle attenuanti debbano considerarsi equivalenti. Di applicare soltanto gli aumenti oppure soltanto le diminuzioni di pena, a seconda che ritenga la prevalenza delle circostanze aggravanti o delle circostanze attenuanti<sup>41</sup>.

Il legislatore, quindi, lascia ampio margine di discrezionalità al giudice in tema di bilanciamento delle circostanze.

---

<sup>38</sup> Ibidem.

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> Ibidem.

<sup>41</sup> Ibidem.



Come rilevato in dottrina, infatti, avrebbe potuto costringere il giudice ad aritmetiche addizioni e sottrazioni, ma ciò avrebbe potuto provocare degli eccessi non rispondenti al reale disvalore penale del fatto<sup>42</sup>.

Il bilanciamento, tuttavia, è escluso in alcune ipotesi specifiche (art. 69, ult. comma e art. 69-*bis* c.p.), come avviene, ad esempio nei casi del soggetto recidivo ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p., ancorché per tali ipotesi, talvolta, sia intervenuta la Corte costituzionale dichiarando l'incostituzionalità delle relative previsioni perché non sorrette da ragionevolezza<sup>43</sup>.

Sempre in tema di circostanze rileva anche la disciplina della recidiva di cui all'art. 99 del codice penale<sup>44</sup>.

L'applicazione della recidiva, infatti, non è automatica ma, come chiarito anche dalla Corte costituzionale che ha dichiarato incostituzionali le ipotesi di recidiva obbligatoria<sup>45</sup>, il giudice dovrà valutare nel caso concreto se la precedente condanna abbia o meno influito nella commissione del precedente reato e, solo qualora abbia avuto un ruolo, potrà procedere all'aumento di pena.

Ulteriore potere discrezionale è quello di cui all'art. 175 c.p.

In particolare, ci si riferisce alla possibilità per il giudice di ordinare in sentenza che non sia fatta menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale spedito a richiesta dei privati (salvo che per ragioni elettorali) qualora si

---

<sup>42</sup> In tal senso A. M. STILE, *Discrezionalità*, cit., pp. 276-277.

<sup>43</sup> In ordine decrescente si vedano Corte cost., sent. n. 143, 26 maggio-8 luglio 2021, in *Gazz. Uff.*, n. 28, 14 luglio 2021; Corte cost., sent. n. 55, 25 febbraio-31 marzo 2021, in *Gazz. Uff.*, n. 14, 7 aprile 2021; Corte cost., sent. n. 73, 7-24 aprile 2020, in *Gazz. Uff.*, n. 18, 29 aprile 2020; Corte cost., sent. n. 205, 21 giugno-17 luglio 2017, in *Gazz. Uff.*, n. 29, 19 luglio 2017; Corte cost., sent. n. 74, 24 febbraio-7 aprile 2016, in *Gazz. Uff.*, n. 15, 13 aprile 2016; Corte cost., sent. n. 106, 14-18 aprile 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 18, 23 aprile 2014; Corte cost., sent. n. 105, 14-18 aprile 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 18, 23 aprile 2014; Corte cost., sent. n. 251, 5-15 novembre 2012, in *Gazz. Uff.*, n. 46, 21 novembre 2012.

<sup>44</sup> In tema, fra gli altri, F. ROCCHI, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità. Prospettive d'indagine nel sistema penale integrato*, Napoli, 2020; G.L. GATTA, *La recidiva nella recente giurisprudenza di legittimità*, in R. GAROFOLI, T. TREU, (a cura di), *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2012; S. RICCIO, *Recidiva*, in *Nov. Dig. It.*, XIV, Torino, 1964, p. 1959 ss.; L. MAZZA, voce *Recidiva*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 68 ss.

<sup>45</sup> Corte cost., sent. n. 185, 8-23 luglio 2015, in *Gazz. Uff.*, n. 30, 29 luglio 2015.

tratti di una prima condanna che non superi determinati limiti indicati all'art. 175 c.p.<sup>46</sup>

Tutte le suddette ipotesi che permettono al giudice di incidere sul *quantum* sanzionatorio in relazione al caso concreto, sono frutto della volontà del legislatore di individualizzare la pena in base al reale disvalore penale del fatto e alle esigenze di rieducazione del soggetto delinquente.

Sul piano costituzionale, quindi, rispondono alle esigenze di rispetto del principio di colpevolezza e del principio di rieducazione del condannato previsti dall'art. 27 Cost. e, dunque, risultano essere ragionevoli e giustificate.

È vero che la pena non risulta essere precisamente certa per il reo al momento della commissione del reato, in quanto variabile entro i limiti fissati per legge, ma è altrettanto vero che la previsione di una pena fissa per tutti farebbe apparire la pena applicata in alcuni casi ingiusta e non soddisferebbe i principi sanciti all'art. 27 Cost. e il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione.

Non si può, ad esempio, trattare allo stesso modo chi ha commesso un omicidio per reagire ai ripetuti attacchi violenti perpetrati dalla vittima prima della morte e chi ha commesso il medesimo reato di omicidio per ragioni futili.

Entrambi per l'ordinamento sono meritevoli di pena, ma, allo stesso tempo, non sono meritevoli della stessa pena.

Alle stesse ragioni rispondono altri istituti discrezionalità giudiziaria.

Ci si riferisce, innanzitutto, alla possibilità per il giudice di ammettere il contravventore al pagamento dell'oblazione qualora il reato sia punito alternativamente con l'arresto o l'ammenda, avuto riguardo alla gravità del fatto e nei limiti previsti dall'art. 162 – *bis* c.p.<sup>47</sup>.

Si fa riferimento, inoltre, agli artt. 163-168 c.p., ossia alla possibilità per il giudice di sospendere condizionalmente la pena, valutate le circostanze di cui all'art. 133 c.p., qualora si presuma che il colpevole si asterrà dalla commissione

---

<sup>46</sup> Per tutti, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 817 ss.; S. LARIZZA, *Non menzione della condanna nel certificato penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1943, p. 482 ss.; G. BELLAVISTA, *Non menzione della condanna nel certificato del casellario*, in *Nov. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, p. 324 ss.

<sup>47</sup> Per tutti, A. MARTINI, *Oblazione. Profili sostanziali*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 101 ss.

di ulteriori reati e sempre che la fattispecie rientri tra quelle suscettibili di sospensione<sup>48</sup>.

Sempre in tema di sospensione condizionale della pena è stata ravvisata una particolare forma di discrezionalità giudiziaria all'art. 165 c.p. nella parte in cui si prevede che «La sospensione [...] può essere subordinata» ad alcuni obblighi previsti dalla norma «secondo le *modalità* [corsivo dell'Autore] indicate dal giudice nella sentenza di condanna»<sup>49</sup>.

In altri termini, l'adempimento degli obblighi dovrà avvenire sulla base delle modalità fissate discrezionalmente dall'organo giudicante.

Sul punto rileva anche il perdono giudiziale per i minori degli anni diciotto, che, ai sensi dell'art. 169 c.p., il giudice può concedere «quando, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'art. 133, presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati» e purché di reato che presenti una pena contenuta nei limiti indicati dalla disposizione normativa e non sia stato già concesso il perdono<sup>50</sup>.

Tali istituti, quindi, permettono al giudice di individualizzare ancor più la pena e, talvolta, di escludere, temporaneamente o in via definitiva, la sua applicazione.

Ci sono altri istituti previsti dal diritto penale che permettono di escludere la pena, come l'assoluzione per particolare tenuità del fatto. Tuttavia, pare che tali istituti siano da ricomprendere tra quelli riguardanti la discrezionalità impura che sarà oggetto del paragrafo che segue.

In tema, infine, sono da menzionare le misure alternative alla detenzione (artt. 47 ss. ord. pen.)<sup>51</sup>, anch'esse soggette alla discrezionalità giudiziaria<sup>52</sup>, e che,

---

<sup>48</sup> Per tutti, R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Molfetta, 2018, p. 1353 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 800 ss.

<sup>49</sup> In tal senso R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 10 ss.

<sup>50</sup> In tema cfr. E. ZAPPALÀ (a cura di), *La giurisdizione specializzata nel processo penale minorile*, Torino, 2019, p. 178 ss.

<sup>51</sup> Cfr. I. CIRINO GROCCIA, *Le misure alternative alla detenzione nell'esecuzione penale*, Pisa, 2021; F. FIORENTIN, *Esecuzione della pena e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2021; G. DONATIELLO, *Le misure alternative alla detenzione. Norma e prassi*, Roma, 2020.

<sup>52</sup> In tal senso pure G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 774 ss.

come anche affermato di recente dalla Corte costituzionale, presentano natura sostanziale<sup>53</sup>. Rilevano, dunque, in tema di legalità penale<sup>54</sup>.

In tale occasione, infatti, i giudici della Consulta hanno evidenziato che non si tratta di mere disposizioni inerenti all'ordinamento penitenziario – soggette al *tempus regit actum*- ma di norme che incidono sulla pena e che potrebbero determinare la fuoriuscita dal carcere.

#### **4. La discrezionalità “impura” negli istituti di diritto positivo**

La discrezionalità giudiziaria impura, come si è avuto modo di vedere, è legata alla presenza di un difetto intenzionale di tipicità della norma da parte del legislatore, che, per essere considerata costituzionalmente legittima, deve essere sorretta da una valida ragione giustificatrice.

Nell'ambito della discrezionalità impura rientrano sia istituti di parte generale del diritto penale, che singole fattispecie criminose disciplinate nella parte speciale.

Per quanto riguarda gli istituti di parte generale, un primo caso di discrezionalità impura è da ravvisare nelle c.d. circostanze indefinite<sup>55</sup>.

Si noti, però, che esistono circostanze indefinite anche a carattere speciale, ossia previste per alcuni specifici reati, alle quali è possibile estendere le medesime considerazioni che qui seguono<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Corte cost., sent. n. 32, 12-26 febbraio 2020, in *Gazz. Uff.*, n. 10, 4 marzo 2020. In tema cfr. anche Cap. III, § 3. Si veda anche per un commento alla sentenza V. MANES, F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Sistema penale*, 23 marzo 2020. Sul carattere sostanziale delle misure alternative alla detenzione si veda anche F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La questione criminale*, 1980, p. 179 ss.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> Per tutti, A. DI STASI, *Circostanze del reato*, in T. EPIDENDIO, E. ROSI (a cura di), *Argomenti di diritto penale giurisprudenziale*, Milano, 2022, p. 411 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, Padova, 2020, p. 439 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 420 ss.; A. R. LATAGLIATA, *Circostanze*, cit.; A. CASALINUOVO, *Le circostanze attenuanti indefinite*, Roma, 1952.

<sup>56</sup> Si pensi, ad esempio, alla circostanza aggravante dell'ingente quantità di cui all'art. 80, d.P.R., 9 ottobre 1990, n. 309 (T.U. Stupefacenti), in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 255, 31 ottobre 1990, la cui interpretazione, peraltro, ha dato ad un ampio dibattito in giurisprudenza e sui si sono espresse pure le Sezioni Unite della Corte di Cassazione in Cass. pen, Sez. Un., n. 36258, 24 maggio-20 settembre 2012 e in Cass. pen, Sez. Un., n. 14722, 30 gennaio-12 maggio 2020. In

Le circostanze indefinite, a differenza delle circostanze generiche, non sono direttamente individuate dal giudice, ma sono delle circostanze in cui il legislatore non si sofferma in modo specifico a descrivere il dato circostanziale, limitandosi ad indicare degli elementi tipici poco definiti e rimette al giudice nel caso concreto l'effettiva individuazione degli elementi idonei ad integrarle<sup>57</sup>.

Si pensi, ad esempio, alla circostanza attenuante dell'«avere nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, cagionato un danno patrimoniale di *speciale tenuità* [corsivo dell'Autore]» (art. 62, comma 1, n. 4, c.p.).

Oppure si pensi alla speculare circostanza aggravante di avere «cagionato alla persona offesa del reato (contro il patrimonio o che comunque l'offendono *n.d.a.*) un danno patrimoniale di *rilevante gravità* [corsivo dell'Autore]».

Orbene, sul punto è possibile osservare se nessun problema in ordine al rispetto del principio di legalità può porsi in ordine alle circostanze indefinite attenuanti, considerato che il riconoscimento delle circostanze attenuanti comporta un trattamento più favorevole al reo, maggiori problemi potrebbero scaturire per le circostanze aggravanti indefinite.

Pare, tuttavia, che ragioni di giustizia sostanziale e di ragionevolezza impongano la previsione di tali circostanze, ancorché comportino una erosione della riserva di legge in materia penale.

Occorre, infatti, incidere sul trattamento sanzionatorio a seconda dell'effettivo disvalore concreto del fatto. In assenza delle suddette circostanze, infatti, si rischierebbe di applicare la medesima pena a fatti-reato astrattamente identici, ma concretamente molto differenti.

Ad esempio, quale valore rieducativo avrebbe la pena inflitta ad un soggetto autore di un furto di un paio di scarpe in un esercizio commerciale perché povero se questa fosse la stessa inflitta ad un autore di un furto di tutta la merce presente in un'attività commerciale simile?

L'autore del primo furto percepirebbe la pena come ingiusta, che non risulterebbe più funzionale alla rieducazione del reo *ex art. 27 Cost.*, ma avrebbe la

---

tema si veda C. BRAY, *Le Sezioni unite stabiliscono in 2 kg di principio attivo il valore oltre cui è integrata l'aggravante dell'ingente quantità di droghe "leggere". La law in action o vulnus alla riserva di legge?*, in *Sistema penale*, 18 maggio 2020.

<sup>57</sup> F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 439 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 420 ss.; A. R. LATAGLIATA, *Circostanze*, cit.; A. CASALINUOVO, *op. cit.*, Roma, 1952.

sola funzione di aumentare il senso di opposizione all'ordinamento giuridico dello Stato.

Per tale motivo, quindi, è necessario l'intervento del giudice al fine di applicare una pena congrua nel caso concreto.

Per il legislatore, infatti, non sarebbe possibile astrattamente prevedere tutti i casi specifici con danni tenui o gravi, soltanto il giudice potrà farlo sulla base degli elementi presenti nel caso concreto.

Al giudice, inoltre, è riconosciuto un ulteriore potere discrezionale in tema di reato continuato, previsto all'art. 81 c.p.<sup>58</sup>.

Il riconoscimento della continuazione tra reati, in particolare, permette al giudice di derogare al principio del cumulo materiale di pena previsto dall'ordinamento italiano in occasione del compimento di plurimi reati da parte del medesimo autore<sup>59</sup>.

Nell'ordinamento italiano, infatti, vige il principio del *tot crimina tot poenae*, ossia al colpevole di più reati vengono inflitte le pene previste dai corrispondenti reati commessi, salvo il rispetto dei limiti di pena complessiva previsti dagli artt. 78-79 c.p. (artt. 71 ss. c.p.)<sup>60</sup>.

All'art. 81, tuttavia, è riconosciuto il potere del giudice di applicare il più benevolo cumulo giuridico, ossia l'applicazione della pena prevista per il reato più grave, aumentata di un certo valore per gli altri reati commessi, nel caso in cui la violazione delle plurime disposizioni di legge sia stata causata da una sola azione o omissione (concorso formale di reato) oppure rientrino nel medesimo disegno criminoso (reato continuato)<sup>61</sup>.

Orbene, il legislatore, pur non lasciando totale "arbitrio" al giudice, non specifica da cosa dedurre il medesimo disegno criminoso, ma rimette alla discrezionalità giudiziaria la corretta individuazione degli elementi atti a riconoscere il reato continuato.

---

<sup>58</sup> In tema, fra gli altri, F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 533 ss.; G. VARRASO, *Il reato continuato tra processo ed esecuzione penale*, Padova, 2003; R. RISTORI, *Il reato continuato*, Padova, 1988.

<sup>59</sup> Ibidem.

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> Ibidem.

La norma permette al giudice di ridurre la pena e, quindi, di applicare un trattamento più favorevole al reo. Non si pone, pertanto, in violazione del principio di legalità penale.

Alle medesime ragioni giustificatrici rispondo anche ulteriori istituti di parte generale.

Ci si riferisce alla disciplina del delitto tentato e alla previsione della esclusione o riduzione di pena in presenza di un vizio di mente.

All'art. 56 c.p., infatti, al giudice è permesso ridurre la pena quando il reato non risulta essere integrato in tutti i suoi elementi, ma abbia comunque raggiunto la soglia del tentativo<sup>62</sup>.

Si raggiunge la soglia del tentativo quando vi siano degli atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto e l'azione non si compie (c.d. tentativo incompiuto) o l'evento non si verifica (c.d. tentativo compiuto)<sup>63</sup>.

Si pensi al caso di chi spara alla vittima, la quale, però, riesce al salvarsi. Il reo in questo caso sarà punibile perché colpevole di tentato omicidio, con una pena ridotta rispetto a quella prevista per il reato di omicidio.

L'art. 56, tuttavia, come nel caso del reato continuato, non indica tassativamente al giudice dei chiari criteri dai quali dedurre l'idoneità e l'univocità degli atti e, quindi, del raggiungimento o meno della soglia del tentativo.

Tant'è che ancora oggi in dottrina, dopo più di novant'anni dall'entrata in vigore del codice penale, si discute se siano sufficienti ai fini del riconoscimento del delitto tentato i meri atti preparatori oppure se sia necessario che vengano posti in essere degli atti esecutivi<sup>64</sup>.

Se si escludono, infatti, i meri atti preparatori, tali atti non risultano suscettibili di pena<sup>65</sup>.

La norma presenta un difetto di tipicità.

---

<sup>62</sup> Cfr. R. ORLANDI, *Delitto tentato*, in T. EPIDENDIO, E. ROSI (a cura di), *Argomenti di diritto penale giurisprudenziale*, Milano, 2022, p. 305 ss.; F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 468 ss.; S. DEL CORSO, *Riflessioni sulla struttura del tentativo nella cultura giuridica italiana*, Torino, 2019; E. LO MONTE, *Il delitto tentato. Contributo all'individuazione della condotta punibile*, Torino, 2013; S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2013.

<sup>63</sup> Ibidem.

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> Ibidem.

La disposizione, inoltre, non specifica se debbano rientrare nel delitto tentato soltanto gli elementi della fattispecie base con la presenza di eventuali circostanze aggravanti effettivamente realizzate oppure anche le circostanze non effettivamente verificatesi, ma che avrebbero trovato compimento se il reato fosse stato portato a termine.

In altri termini, non si chiarisce se risultano punibili a titolo di tentativo anche le circostanze di reato non compiutamente realizzate.

Anche sul punto gli orientamenti sono contrastanti, a causa del difetto di tipicità che caratterizza la disposizione<sup>66</sup>.

Per quanto riguarda i vizi di mente, il legislatore prevede che nel caso in cui il reato sia stato commesso da un soggetto affetto da un vizio totale o parziale di mente, il reo nel primo caso non sarà imputabile, nel secondo caso, invece, il giudice dovrà ridurre la pena<sup>67</sup>.

Il legislatore, tuttavia, non specifica gli elementi dai quali dedurre un vizio di mente, ma rimette al giudice la sua concreta individuazione.

Tra gli interpreti, quindi, ci si è chiesti se rientrino nella nozione di vizio di mente soltanto quelle infermità rientranti nelle malattie individuate dalla scienza medica oppure anche quelle alterazioni psicologiche idonee ad impedire in tutto o in parte la percezione del disvalore del fatto commesso<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Per una ricostruzione del dibattito, fra gli altri, F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 470 ss.; R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 1088 ss.; M. L. DE LUCA, *La problematica delle circostanze nel tentativo*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1974, p. 569 ss.; M. BOSCARELLI, *Tentativo circostanziato e tentativo di delitto circostanziato*, in *Scuola positiva*, 1962, p. 671 ss.

<sup>67</sup> G. M. VAGLIASINDI, *Imputabilità*, in T. EPIDENDIO, E. ROSI (a cura di), *Argomenti di diritto penale giurisprudenziale*, Milano, p. 69 ss.; F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 316 ss.; A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere*, Napoli, 2020; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 337 ss. In tema si veda pure D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli, 2020.

<sup>68</sup> *Ibidem*. Sul punto in G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 338 si afferma: «Dal punto di vista definitorio, si pone innanzitutto il problema di stabile se il termine *infermità* adottato dall'art. 88 sia o no equivalente a quello di *malattia*, Ora, considerata nel suo significato letterale, l'«infermità» è concetto più ampio perché ricomprende nel suo ambito anche disturbi psichici di carattere non strettamente patologico; ne consegue che [...] la tesi della maggiore ampiezza del concetto di infermità riceve sostegno se si considera lo scopo sotteso alle norme sull'imputabilità: ai fini del giudizio sulla capacità di intendere e di volere, non interessa tanto che la condizione del soggetto sia esattamente catalogabile nel novero delle malattie elencate nei trattati di medicina, quanto che il suo disturbo abbia in concreto l'attitudine a compromettere gravemente



Risultano, inoltre, istituti intrinseci di un difetto di tipicità in cui il giudice può incidere sul trattamento sanzionatorio in modo più benevolo verso il reo, il reato impossibile e l'assoluzione per particolare tenuità del fatto o altri similari istituti.

All'art. 49 c.p. il legislatore esclude l'applicazione della pena quando il reato è impossibile, ossia quando per l'inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso<sup>69</sup>.

Sul punto sono state avanzate diverse tesi, tra chi ritiene che l'inidoneità dell'azione debba accertarsi *ex ante*, ossia ponendosi nella medesima situazione in cui si trovava il reo al momento dell'azione, oppure *ex post*, vale a dire dopo il compimento del reato<sup>70</sup>.

Non chiarisce, inoltre, quale sia l'esatto confine con il tentativo.

Per quanto riguarda l'inesistenza dell'oggetto, si discute se debba trattarsi della sua inesistenza in natura oppure della sua inesistenza relativa, ossia in quel particolare momento<sup>71</sup>.

Si pensi, ad esempio, all'assenza occasionale del portafogli nella borsa della vittima nel momento in cui il reo commette il reato di furto. Accogliendo la prima tesi è configurabile il tentativo di reato; accogliendo la seconda, invece, il reato è impossibile per inesistenza dell'oggetto.

Per quanto concerne l'assoluzione per particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131-*bis* c.p., il legislatore raggiunge due obiettivi: esclude la pena per il reo di fatti di minore disvalore penale e persegue finalità deflattive del processo, garantendo una sua ragionevole durata *ex art.* 111 della Costituzione<sup>72</sup>.

---

la capacità sia di percepire il disvalore del fatto commesso, sia di recepire il significato del trattamento punitivo».

<sup>69</sup> Per tutti, F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 500 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 485 ss. e bibliografia ivi citata.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> Cfr. in tema D. VOZZA, *Offensività. Rapporti con la "particolare tenuità del fatto" nei reati con soglie di punibilità*, in T. EPIDENDIO, E. ROSI (a cura di), *Argomenti di diritto penale giurisprudenziale*, Milano, 2022, p. 135 ss.; M. TELESCA, *Contributo all'analisi dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2022; C. GABRIELLI, *L'archiviazione per particolare tenuità del fatto. Analisi, rilievi critici e prospettive*, Torino, 2020; E. TURCO, *Tenuità del fatto e processo penale*, Bari, 2020; A. MARANDOLA, *La particolare tenuità del fatto*, Pisa, 2017; A. TRINCI, *Particolare tenuità del fatto*, Milano, 2016.

Il legislatore afferma, al comma 1 dell'art. 131-*bis* c.p., che debba trattarsi di un reato punito entro i limiti edittali previsti dalla disposizione e che debba essere esclusa la punibilità «quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale»<sup>73</sup>.

Esclude, inoltre, l'assoluzione qualora ricorrano alcune circostanze o si tratta di determinati fattispecie di reato specificamente previste nei commi successivi dell'art. 131-*bis* c.p.<sup>74</sup>.

Come è possibile notare, nonostante lo sforzo definitorio del legislatore e l'indicazione dei criteri dai quali dedurre la tenuità del fatto, la disposizione risulta essere alquanto discrezionale. Spetterà al giudice individuare in concreto tali elementi nello specifico caso oggetto di sua decisione.

Le medesime considerazioni possono svolgersi in ordine al simile istituto previsto per i reati di competenza del giudice di pace di cui all'art. 34, d.lgs. n. 274/2000, che presenta anche una sua particolare finalità, ossia quella conciliativa tra vittima e colpevole di reato<sup>75</sup>.

Ciò posto, un ulteriore difetto di tipicità che dà luogo a discrezionalità si ha all'art. 5 c.p., previsto in tema di non scusabilità dell'ignoranza della legge penale<sup>76</sup>, così come risulta modificato dopo la nota sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988<sup>77</sup>.

La Corte costituzionale, in particolare, ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 5 c.p. nella parte in cui non prevede la scusabilità dell'ignoranza incolpevole della legge penale per violazione degli artt. 3 e 27, commi 1 e 3, della Costituzione<sup>78</sup>.

---

<sup>73</sup> Ibidem.

<sup>74</sup> Ibidem.

<sup>75</sup> D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 166, 6 ottobre 2000. In dottrina, per tutti, G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, in G. UBERTIS, G. P. VOENA (a cura di), *Trattato di procedura penale*, Milano, 2006, p. 339 ss.

<sup>76</sup> Cfr., fra gli altri, F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 319 ss.; S. BELTRANI, *Ignoranza della legge penale*, in *Il Penalista*, reperibile in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it); G. GRAZIANO, *L'ignoranza e l'errore nel diritto penale. Tra obbligatorietà della legge, doveri di conoscenza e situazioni di inevitabilità*, Roma, 1997.

<sup>77</sup> Corte cost., sent. n. 364, 24-30 marzo 1988, in *Gazz. Uff.*, n. 13, 30 marzo 1988.

<sup>78</sup> Ibidem.

Una pena inflitta a chi non era a conoscenza del reato a causa di un errore scusabile risulterebbe, infatti, contraria al principio di colpevolezza e di rieducazione della pena, perché sarebbe vissuta come ingiusta dal condannato.

Orbene, la norma non indica quali criteri debba seguire l'interprete nel valutare la scusabilità e, dunque, l'inevitabilità della ignoranza della legge.

Gli interpreti, tuttavia, al fine di ovviare al problema e sulla base delle indicazioni desumibili dalla stessa sentenza, hanno elaborato alcune teorie per individuare i criteri a cui il giudice deve attenersi per valutare se il precetto penale fosse conoscibile, evitabile e perciò inescusabile.

A tal proposito si distinguono: a) *criteri soggettivi puri*, che fanno riferimento prevalentemente alle caratteristiche personali del soggetto agente, come il livello di intelligenza e maturazione della personalità, grado di scolarizzazione, ambiente sociale di provenienza etc.; b) *criteri oggettivi puri*, che tengono conto di cause che rendono impossibile la conoscenza del precetto penale da parte dei consociati, indipendentemente dalle caratteristiche personali, come un dato normativo tautologico, un repentino cambiamento della giurisprudenza che inizia a considerare reato, ciò che prima non era tale etc.; c) *criteri misti*, che tengono conto contemporaneamente sia delle caratteristiche soggettive del soggetto che delle circostanze oggettive che inducono ad ignorare la legge penale<sup>79</sup>.

Nonostante tali criteri, è evidente come questi risultino tali da lasciare ampio margine di discrezionalità al giudice, che, tuttavia, risulta giustificata perché altrimenti l'applicazione rigorosa del principio della non scusabilità della ignoranza della legge penale potrebbe comportare dei problemi in ordine al rispetto dei principi di cui all'art. 27 Cost., così come chiarito dalla Consulta.

Proseguendo con la disamina delle ipotesi di discrezionalità giudiziaria presente negli istituti della parte generale del diritto penale, occorre fare riferimento al rapporto di causalità e all'elemento soggettivo del reato.

All'art. 40, comma 1, c.p., in particolare, è sancito che «Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione o omissione»<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 396 ss.

<sup>80</sup> In tema, fra gli altri, T. EPIDENDIO, *Causalità*, in T. EPIDENDIO, E. ROSI (a cura di), *Argomenti di diritto penale giurisprudenziale*, Milano, 2022, p. 115 ss.; S. PREZIOSI, *La causalità penale. Nell'orizzonte della «scienza nuova»*, Napoli, 2021; F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 149 ss.; A. NUCCI,

In altri termini, la condotta del reo e l'evento del reato devono essere legate da un nesso causale.

La disciplina del rapporto di causalità, inoltre, è completata con quella dettata al comma 2, dell'art. 40 c.p. prevista per i c.d. reati omissivi impropri e con quella prevista all'art. 41 in tema di concorso di cause.<sup>81</sup>

Orbene, tradizionalmente il rapporto di causalità è appurato applicando la teoria della *condicio sine qua non*, in base alla quale si verifica semplicemente se l'evento del reato risulta essere causato o meno dalla condotta<sup>82</sup>.

Tale teoria, tuttavia, non risulta essere sufficiente in quei casi in cui non si conoscono le leggi causali di un evento, perché il reato è commesso in un settore tecnico-scientifico, in cui non è semplice per il giudice riconoscere la legge causale<sup>83</sup>.

Al fine di individuare il percorso da seguire, la giurisprudenza nei suddetti casi ha elaborato diverse teorie che hanno dato luogo ad un'ampia discrezionalità giudiziaria in passato.

In particolare, in un primo tempo si è utilizzato il c.d. "metodo individualizzante". Il rapporto di causalità veniva risolto sulla base del "fiuto" del giudice<sup>84</sup>.

La giurisprudenza, ad esempio, nel trattare il caso del *disastro del Vajont*, ha affermato che «se nessuno è in grado di spiegare perché la frana si sia verificata, [...] non si può nondimeno dubitare che la frana sia dovuta all'opera dell'uomo»<sup>85</sup>.

Per tentare di ovviare all'ampia discrezionalità del metodo individualizzante, la giurisprudenza successiva ha applicato il c.d. "metodo della generalizzazione del senso comune"<sup>86</sup>.

---

*Nesso di causalità e concorso di cause nel processo penale*, Roma, 2017; C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012; R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010.

<sup>81</sup> Ibidem.

<sup>82</sup> Ibidem.

<sup>83</sup> Ibidem.

<sup>84</sup> Ibidem

<sup>85</sup> Trib. dell'Aquila, sent. 17 dicembre 1969, in *Rass. Giur. en. el.*, 1970, p. 197 ss.

<sup>86</sup> Per tutti, R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 533 ss. e bibliografia e giurisprudenza ivi citata.

In assenza di una legge scientifica certa, la giurisprudenza per appurare il rapporto di causalità tra condotta ed evento ha fatto ricorso alle massime di esperienza.

Il metodo, tuttavia, risultava ancora intriso di ampia discrezionalità.

Ecco perché la giurisprudenza successiva ha ritenuto necessaria l'individuazione di una legge scientifica di copertura capace di affermare che un dato evento sia conseguito con certezza o con un'alta probabilità statistica da una determinata condotta<sup>87</sup>.

Tale filone interpretativo è stato in seguito corretto dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione al fine di risolvere quei casi in cui, accanto a un fattore causale dell'evento supportato da un'alta probabilità statistica, si inserivano nel caso concreto altre probabili cause del medesimo evento<sup>88</sup>.

Per verificare da quale causa sia scaturito effettivamente l'evento, è stato, di conseguenza, affermato che, oltre alla individuazione della legge scientifica e della sua probabilità statistica, occorre verificare il suo impiego nel caso concreto<sup>89</sup>.

Si pensi, ad esempio, al caso del lavoratore che lamenta di avere contratto un tumore a causa dell'esposizione in un breve periodo a sostanze tossiche, che, tuttavia, risulta essere nel medesimo tempo un accanito fumatore.

Vi sono dei casi, infatti, in cui una legge scientifica con un'alta probabilità statistica non riesce ad escludere altri fattori causali e, al contrario, vi sono dei casi in cui una legge scientifica con un basso tasso statistico riesce a confermare che una condotta è fattore causale dell'evento, perché mancano altri fattori causali dai quali avrebbe potuto scaturire<sup>90</sup>.

Occorre, quindi, verificare la c.d. probabilità logica della legge scientifica nel caso concreto<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> In tema, in particolare, si veda Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 1990, in *Foro it.*, 115, p. 36 ss., relativa al caso del *disastro di Stava* in cui è stato affermata per la prima volta la necessità di una legge scientifica di copertura.

<sup>88</sup> La prima volta il metodo è stato affermato nel caso *Franzese* Cass. pen., Sez. Un., n. 30328, 10 luglio-11 settembre 2002.

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

La Cassazione a Sezioni Unite ha quindi eliminato la discrezionalità giudiziaria a cui andava incontro il giudice nei settori in cui la legge causale non risultava di facile individuazione.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, simili problemi di discrezionalità si sono posti in relazione al confine tra dolo eventuale e colpa cosciente.

Ai sensi dell'art. 43 c.p. il reato è doloso quando l'evento è preveduto e voluto dall'autore del fatto come conseguenza della propria azione od omissione; il reato è colposo, invece, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente, ma è causato da negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline<sup>92</sup>.

Orbene, tra le forme di dolo, vi è il dolo eventuale, che si verifica quando il soggetto agente agisce al fine di raggiungere un determinato fine che è diverso dall'evento del fatto reato, ma prevede, pur non volendolo, che possa verificarsi anche il fatto-reato e accetta il rischio che ciò accada<sup>93</sup>.

Si ha colpa cosciente, in particolare, quando l'evento, se pur preveduto dal soggetto agente, non è voluto (artt. 43 e 61, n. 3 c.p.)<sup>94</sup>.

Sul punto sono state avanzate diverse tesi per distinguere il dolo eventuale dalla colpa cosciente.

---

<sup>92</sup> Sul dolo si vedano, per tutti, G. SALCUNI, *Dolo*, in T. EPIDENDIO, E. ROSI (a cura di), *Argomenti di diritto penale giurisprudenziale*, Milano, 2022, p. 259 ss.; F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 332 ss.; R. PALAVERA, *Sul dolo. Promuovere, discernere, recuperare volizioni nel sistema penale*, Pisa, 2020; G. CERQUETTI, *Il dolo*, Torino, 2010; G. P. DEMURO, *Il dolo*, Vol. II e II, Milano, 2010; L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993.

<sup>93</sup> In tema di dolo eventuale, fra gli altri, G. L. FANULI, *Elemento soggettivo del reato*, in T. EPIDENDIO, E. ROSI (a cura di), *Argomenti di diritto penale giurisprudenziale*, Milano, 2022, p. 215 ss.; G. Salcuni, *op. cit.*, pp. 259-285; F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 350 ss.; O. DI GIOVINE, *Il dolo (eventuale) tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, in *Dir. penale contemporaneo*, 30 gennaio 2017; A. CAPPELLINI, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni Unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 4 giugno 2015; M. RONCO, *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. II, Napoli, 2011, p. 1175 ss.; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

La giurisprudenza per molti anni ha elaborato diverse teorie al riguarda intrise di ampia discrezionalità, fino a quando sul punto non sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel noto caso *Thyssenkrupp*<sup>95</sup>.

È sufficiente qui menzionare le più rilevanti.

Alcuni sostenevano che si aveva dolo eventuale quando il reo avesse accettato il rischio rappresentandosi l'evento come conseguenza probabile. Si aveva, invece, colpa cosciente quando l'autore del fatto si fosse rappresentato l'evento come mera conseguenza possibile<sup>96</sup>.

Secondo altri, invece, si aveva dolo eventuale quando era possibile appurare che il reo avrebbe agito comunque anche nel caso in cui avesse avuto la certezza della verificazione dell'evento. In caso contrario, invece, si aveva colpa cosciente<sup>97</sup>.

Altri ancora, sostenevano che il reo andasse condannato al titolo di dolo eventuale nel caso in cui avesse accettato il rischio della verificazione dell'evento. Andava, invece, condannato a titolo di colpa cosciente quando, pur avendo previsto l'evento, confidava nel fatto che non si sarebbe verificato<sup>98</sup>.

Si pensi, ad esempio, al caso di chi si pone alla guida di notte ad alta velocità, che prevede la possibilità che venga investito un pedone, ma confida nelle sue abilità di pilota per escludere che l'evento dannoso si verificherà. Secondo l'ultima teoria citata, si verterebbe in una ipotesi di colpa cosciente.

Come si è detto, al fine di ridurre la discrezionalità a cui era andata incontro la giurisprudenza, sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel sopracitato caso *Thyssenkrupp*, le quali hanno sostenuto che si ha dolo eventuale quando si accetta il rischio della verificazione dell'evento, ma tale accettazione non deve avvenire per mera negligenza o imprudenza, ma deve essere frutto di una scelta volontaria e razionale.

La Cassazione, quindi, recupera l'elemento volontaristico del dolo.

---

<sup>95</sup> Cass. pen., Sez. Un., n. 38343, 24 aprile-18 settembre 2014.

<sup>96</sup> Oltre alla bibliografia sopracitata in tema di dolo eventuale, per una disamina delle diverse teorie si vedano anche R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 811 ss., G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 367 ss.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

Il soggetto agente andrà condannato a titolo di dolo eventuale nel caso in cui abbia previsto la verificazione dell'evento e abbia accettato volontariamente il rischio della sua realizzazione.

Qualora, invece, il rischio venga accettato per mera negligenza o imprudenza, si avrà colpa cosciente.

Ciò detto, dopo esserci soffermati sulle ipotesi di discrezionalità giudiziaria di diritto penale, parte generale, occorre procedere con la disamina delle principali ipotesi di discrezionalità presenti nella parte speciale del diritto penale.

Sul punto, innanzitutto, occorre osservare che nella parte speciale del diritto penale sono presenti dei casi di analogia esplicita, nonostante il divieto di analogia rappresenti un corollario della legalità penale, espressione a sua volta del corollario della tipicità e della riserva di legge<sup>99</sup>.

L'analogia esplicita si presenta come una tecnica normativa in base alla quale il legislatore riesce a punire determinati specifici fatti e "casi simili" o "analoghi".

Si pensi, ad esempio, all'art. 705 c.p.

All'art. 705 c.p. è sancito che «Chiunque, senza la licenza dell'Autorità o senza osservare le prescrizioni della legge, fabbrica o pone in commercio cose preziose o compie su esse operazioni di mediazione o esercita *altre simili industrie, arti o attività* [corsivo dell'Autore] [...]».

La *ratio* della tecnica normativa dell'analogia esplicita è da rinvenire nella esigenza del legislatore di evitare una elencazione minuziosa delle singole ipotesi perché impossibile o altamente gravosa e, per certi aspetti, anche controproducente alle esigenze delle ragioni di prevenzione generale del diritto penale<sup>100</sup>.

Al fine di valutare la loro compatibilità con il principio di legalità, tuttavia, risulta necessario che le formule analogiche adoperate siano espressione di ipotesi omogenee a quelle espressamente indicate.

Ciò è quanto sostenuto dalla Corte costituzionale<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> Sul punto Cfr. Cap. III, § 2. Sull'analogia si vedano P. SCEVI, *L'interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell'interpretazione estensiva*, in *Arch. pen.*, 1, 2020, p. 2; G. MARINI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1978, p. 957 ss.; M. GALLO, *La legge penale*, Torino, 1974, p. 29 ss..

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> Corte cost., sent. n. 120, 28 giugno-9 luglio 1963, in *Gazz. Uff.*, n. 187, 13 luglio 1963.



In caso contrario, invece, risulterebbero in violazione del principio di legalità, non garantendo le esigenze di calcolabilità e prevedibilità del diritto penale.

Nella parte speciale del diritto penale, inoltre, vi sono delle fattispecie apparentemente tipiche, ma in cui le espressioni adoperate appaiono essere ambigue e dal carattere poco chiaro.

Si pensi, ad esempio, al reato di cui all'art. 527 c.p. che punisce chi compie atti *osceni*.

Si pensi, inoltre, al reato di cui all'art. 612-*bis* c.p. che punisce gli atti persecutori, identificato in condotte reiterate di minaccia o molestie tali da «cagionare *un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore* [corsivo dell'Autore] per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita».

Le ipotesi presenti nell'ordinamento in proposito sono molteplici, alcune presenti anche nella legislazione complementare, come in tema di reati tributari o nella disciplina riguardante le sostanze stupefacenti.

Elencarle tutte appare ultroneo ai fini del nostro studio.

È sufficiente chiarire che per verificare la loro compatibilità con il principio di legalità occorre verificare se la fattispecie in rilievo nel caso concreto risulti o meno giustificata sul piano costituzionale alla luce della loro ragionevolezza.

In altri termini, dovrebbe verificarsi se sia in presenza di un difetto di tipicità dovuto a una scarsa e distratta tecnica normativa oppure se si è in presenza di un intenzionale difetto di tipicità per evitare espressioni minuziose, che potrebbero dare luogo a disfunzioni sul piano applicativo, non capaci di soddisfare le esigenze di giustizia sostanziale e di prevenzione generale del diritto penale.

## CAPITOLO VII

# LA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIARIA NELLA GIURISPRUDENZA. TRA LIMITI INTERPRETATIVI E POSSIBILI SCONFINAMENTI

SOMMARIO: 1. Dalla fattispecie astratta alla fattispecie concreta tra “certezza del diritto”, “crisi della legge” e “giurisprudenza creativa”. 2. L’interpretazione della legge penale. 3. La legittimità costituzionale delle leggi di interpretazione autentica in materia penale. 4. Discrezionalità giudiziaria “creativa” e possibili sconfinamenti dei limiti interpretativi in senso sfavorevole al reo: l’esame della prassi. 5. Discrezionalità giudiziaria “creativa” e possibili sconfinamenti dei limiti interpretativi in senso favorevole al reo: l’esame della prassi.

### 1. Dalla fattispecie astratta alla fattispecie concreta tra “certezza del diritto”, “crisi della legge” e “giurisprudenza creativa”

La legge, come è noto, tratta di casi astratti e spetta all’interprete verificare l’applicabilità della norma al caso concreto.

A tal proposito, F. CARNELUTTI scriveva: «La prevedibilità dei comportamenti, cioè della loro valutazione, è il motivo per quale la legge non ragiona di *cose particolari e presenti ma di cose future e generali*, secondo la geniale intuizione di Aristotile. In questo la legge rende possibile la continuità, che lega l’azione del presente all’azione futura [...]»<sup>102</sup>.

Ma che significa interpretare?

L’interpretazione è l’attività volta all’individuazione della disciplina giuridica da applicare ad una situazione concreta<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1943, p. 81.

<sup>103</sup> In tema, si veda G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 1 ss., il quale, a p. 7, afferma: «La locuzione “interpretazione del diritto” [...] designa originariamente l’operazione di individuare, ritrovare la disciplina giuridica di un comportamento o di un conflitto. Questa operazione può essere concepita, e storicamente è stata concepita, in due modi diversi: in un primo modo, come avente ad oggetto l’entità diritto, cui si tratta di dare un senso relativamente al comportamento o al conflitto; in un secondo modo come avente ad oggetto i documenti che del

Affermava M. T. CICERONE: interpretare significa *obscura explanare interpretando*<sup>104</sup>.

L'interprete, nell'esercizio dell'attività giuridica, deve conoscere la legge e applicarla al caso concreto adoperando i diversi canoni ermeneutici ammessi nell'ordinamento<sup>105</sup>.

L'applicazione della norma astratta al caso concreto avviene attraverso un tipo di ragionamento, il c.d. sillogismo giuridico, definito come quel ragionamento in cui «da due premesse (la norma giuridica applicata e un asserto relativo all'essersi la fattispecie verificata), si inferisce la conclusione applicativa del diritto, si inferisce cioè che la fattispecie ha conseguenze giuridiche, determinate sulla base della norma giuridica applicata»<sup>106</sup>.

N. BOBBIO, tuttavia, ha notato che vi è da sempre un contrasto in ordine al modo di intendere l'attività giuridica: da un lato, è paragonata alla scienza matematica, perché essenzialmente logica; dall'altro, si richiede che il giurista sia

---

diritto costituiscono fonti di cognizione, cui si tratta di dare un senso che è appunto ciò che si chiama "il diritto"».

<sup>104</sup> Così M. T. CICERONE, *Brutus, Liber I*, 152, in cui si legge: «Hic Brutus: ain tu? inquit: etiamne Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis? Sic enim, inquam, Brute, existumo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia».

<sup>105</sup> Sul punto si veda in modo più approfondito il paragrafo che qui segue. In tema si veda anche J. ESSER, *Metodo e tecnica d'interpretazione nella giurisprudenza*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1954, p. 244 che afferma: «LITTRÈ ci ha dato la definizione famosa di interpretare: "Dare a un testo, con certe regole, un senso reale o immaginario". Ecco gli elementi di una interpretazione giuridica: un testo tradizionale o razionalmente formulato dal quale si deduce, con regole d'arte obbligatorie una formula regolamentare che certe convinzioni rendono persuasiva. Questa interpretazione è una doppia azione di significato, senso, giudizio, intendimento: 1) intendimento del testo; 2) intendimento della sua attualità».

<sup>106</sup> Così J. WRÓBLEWSKI, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Vol. II, Torino, 1989, p. 277. Il tema, come è noto, è legato al c.d. sillogismo aristotelico, su cui, per tutti, tra i lavori più recenti, si rimanda a S. FAGIOLI, *Filosofia retorica e logica argomentativa in Aristotele*, Torino, 2022, p. 139 ss. Per la sua applicazione al diritto si veda P. COMANDUCCI, *Osservazioni in margine*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Vol. II, Torino, 1989, p. 299 ss. Per quanto riguarda l'applicazione del sillogismo giudiziale in materia penale cfr. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, pp. 7-24.

intuitivo, equo e dotato di buon senso e, quindi, l'attività giuridica può essere paragonata all'arte<sup>107</sup>.

Come si è visto, tuttavia, se l'applicazione della norma priva di qualsiasi "sentimento umano" poteva essere ben accetta nell'era del giuspositivismo, con il passaggio allo Stato costituzionale ciò non è più possibile. Il sopra menzionato contrasto, infatti, trova un punto di accordo nel momento in cui la sterile legge va comunque interpretata alla luce dei principi costituzionali<sup>108</sup>.

Si permetta di esprimerci come segue: il diritto che incontra l'equità, sancita direttamente nella legge, ossia nei principi costituzionali.

In altri termini, facendo un paragone con i termini adoperati da N. BOBBIO, la matematica che incontra l'arte.

Ciò premesso, la legge può essere a volte semplice da interpretare e a volte più complicato.

Più la società si evolve e diviene complessa, più l'opera dell'interprete diviene difficile.

A tal proposito, infatti, con l'evolversi della società, si è iniziato a discutere di "crisi della legge", per porre in luce quel fenomeno in cui la legge trova difficoltà nell'esprimere in modo chiaro una fattispecie astratta così da potere essere applicata al caso concreto. A sua volta ciò è causa di difficoltà per l'interprete, il quale, in base al divieto di *non liquet*, dovrà comunque trovare una soluzione al caso oggetto del suo esame<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 3 ss., il quale afferma pure, a p. 6 che «Il punto di partenza per la comprensione del discorso giuridico è, a mio avviso, la distinzione, elaborata in modo particolare da Kelsen, tra giudizi di *valore* e giudizi di *validità*. Di fronte ad una norma giuridica (per esempio all'art. 545 c.p. italiano, che punisce chiunque cagiona l'aborto) sono possibili due giudizi: un giudizio di valore — "la norma [...] è giusta" — , e un giudizio di validità — "la norma [...] è valida". Orbene, il ragionamento del giurista verte non sulla giustizia della norma, ma sulla validità [...] Con questo non si vuol dire che il problema della giustizia non preoccupi il giurista, ma esso è per così dire normalmente accantonato, perché la sua ricerca della validità della norma è come sorretta dalla presunzione che la norma valida, per il fatto stesso di essere valida, sia anche giusta (concezione legalistica della giustizia). La prova della validità è, se pure indirettamente, anche una prova di giustizia della norma [...]».

<sup>108</sup> In particolare, cfr. Cap. I, §§ 1 e 6.

<sup>109</sup> Sul divieto di *non liquet*, per tutti, A. MORDECHAI RABELLO, *Non liquet dal diritto moderno al diritto romano*, Modena, 1973.

Viene meno la certezza del diritto<sup>110</sup>.

Di “crisi della legge” ne ha parlato già F. CARNELUTTI nel ‘37, il quale evidenziava – con argomentazioni poi sostenute anche da L. FERRAJOLI<sup>111</sup> - che la causa principale di tale crisi è da ravvisare nella c.d. «inflazione legislativa», in cui la «moltiplicazione della quantità [...] [va] a scadimento della qualità»<sup>112</sup>.

Secondo l’AUTORE, ciò rappresenta un pericolo soprattutto nel diritto penale, in cui la certezza del diritto dovrebbe assumere un valore primario, ma che la moltitudine delle leggi rende difficile da attuare, facendo smarrire gli uomini «come in un labirinto»<sup>113</sup>.

Ulteriore fattore condizionante la crisi della legge sembra essere rappresentato dal problema del linguaggio<sup>114</sup>.

Il linguaggio, infatti, non sempre è fonte di un significato univoco attribuito ad esso da parte di una comunità<sup>115</sup>.

Ciò è reso evidente, soprattutto, in Paesi, come l’Italia, particolarmente caratterizzati da influenze di natura dialettale.

---

<sup>110</sup> Sulla certezza del diritto come espressione della completezza dell’ordinamento si veda G. TARELLO, *op. cit.*, p. 28 ss.

<sup>111</sup> «L’inflazione legislativa» di F. Carnelutti, infatti, è ravvisata tra le cause della crisi della legge anche da L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. Giust.*, 4, 2016, p. 14. In tal senso si veda pure C. MEOLI, *Il declino della legge statale*, in AA.VV., *Il libro dell’anno del diritto*, Roma, 2016.

<sup>112</sup> F. CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1937, p. 167 ss. In tali termini pure F. CARNELUTTI, *La certezza*, cit., p. 82. Per una panoramica del “percorso” della legge dal diritto romano alla “crisi” dei nostri giorni si veda A. CELOTTO, E. CONTE, *La legge: dalle origini alla crisi*, in *Rev. Brasileira de dir. const.*, 10, 2007, p. 125 ss. In tema di “crisi della legge” si veda, inoltre, F. MODUGNO, *Trasformazione della funzione legislativa. II, Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, p. 411 ss. Con specifico riferimento al diritto penale si veda G. ZACCARIA, *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars interpretandi*, 1, 2019, p. 7 ss.

<sup>113</sup> In tali termini F. CARNELUTTI, *La certezza*, cit., pp. 82-83

<sup>114</sup> In tal senso pure L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 14.

<sup>115</sup> Sul rapporto tra interpretazione e linguaggio si veda in particolare A. BARAK, *La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l’amministrazione della giustizia*, in *Politica del diritto*, XXXIV, 1, 2003, p. 4 ss.

Si noti, inoltre, che l'interpretazione della legge diviene più difficile quando si tratta di disposizioni interne che recepiscono testi normativi internazionali o europei attraverso la traduzione in italiano di termini stranieri.

Le influenze derivanti dagli ordinamenti sovranazionali, infatti, così come ampiamente dimostrato anche in precedenza, sono altro fattore causa della crisi della legge<sup>116</sup>.

Si pensi, in aggiunta, alla tendenza del legislatore italiano di adoperare in sedi istituzionali sempre più spesso termini stranieri per indicare leggi o istituti giuridici nazionali: ad esempio, il *Jobs act*<sup>117</sup> o il *whistleblower*<sup>118</sup>.

La crisi della legge è, altresì, causata dalla perdita di centralità del Parlamento nazionale in seguito al mutamento dei rapporti tra Stato e Regioni avvenuto con la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione.

La proliferazione degli interessi della società, inoltre, ha causato la presenza di forze parlamentari instabili, che danno luogo a Governi altrettanto instabili.

Gli interessi da tutelare, infatti, sono frutto della volontà della maggioranza presente al momento in Parlamento che, in un sistema come quello italiano, è soggetta a repentini cambiamenti e, spesso, le varie maggioranze che si susseguono sono espressione di ideologie e visioni totalmente differenti. Senza dimenticare che, talvolta, la maggioranza potrebbe disattendere le promesse elettorali alla base della elezione dei membri che la compongono<sup>119</sup>.

Ciò crea la produzione di leggi adottate con tecniche legislative non sempre tendenti alla qualità, da approvare con rapidità prima che muti la situazione politica del Paese e che rispondono, a seconda del momento, agli interessi più disparati.

---

<sup>116</sup> In tal senso L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 14 ss.; P. CARETTI, *La "crisi della legge parlamentare, in Osservatorio sulle fonti*, 1, 2010, p. 3;

<sup>117</sup> D.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 144, 24 giugno 2015.

<sup>118</sup> Art. 54-bis, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 36, 9 maggio 2001, in vigore fino al 14 luglio 2023, abrogato e sostituito dal 15 luglio 2023 dalla disciplina di cui al d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 63, 16 marzo 2023.

<sup>119</sup> A tal proposito si veda quanto scritto in V. SCIALOJA, *L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo*, in *Atti della Società italiana per il progresso delle Scienze*, Terza riunione – Settembre 1909, Roma 1910, p. 369, il quale afferma «Infatti non bisogna dimenticare che la volontà, che costituisce il diritto, non è in realtà la volontà media direttamente determinata dalle grandi correnti prodotte dalla evoluzione della società che da quel diritto è governata, come molti se la raffigurano; ma è la volontà di quella persona o di quelle persone, che hanno il potere di fare la legge».

Come si è detto in precedenza, infatti, riprendendo una citazione di P. CALAMANDREI, «nello stampo della legalità si può colare oro o piombo»<sup>120</sup>.

Ecco un ulteriore fattore condizionante la crisi della legge.

Orbene, alla crisi della legge risponde la giurisprudenza, che potrebbe talvolta divenire essa stessa fonte del diritto non legittimata e dare luogo al fenomeno della “giurisprudenza creatrice”<sup>121</sup>.

In tema pare interessante un passo di G. TARELLO, in uno scritto sul “Governo dei giudici”, che qui si ritiene di riportare per intero:

«[...] nei contesti contemporanei, la configurazione del giudiziario come “potere nullo” o “non politico”, pur mantenendo intatto il suo valore precettivo in quanto principio basilare della organizzazione e dell’assetto costituzionale, ha perso gran parte del suo valore descrittivo o di rispecchiamento della realtà e viene percepita in sede culturale (almeno in parte) come una mistificazione. [...] ogni oggettiva incertezza della legge viene necessariamente a trasferire il potere di creare diritto nuovo o di mutare il diritto [...] dell’organo legislativo — cioè dal Parlamento — all’organo dell’applicazione — cioè, essenzialmente, ai giudici. Nei contesti contemporanei i fattori di incertezza della legge non sono più soltanto le formule vuote come l’equità, la buona fede, il buon costume, le esigenze della produzione ecc., che, menzionate nella legge, devono poi essere riempite dal giudice, non si tratta solo della moltiplicazione della discrezionalità del giudice da parte della legge, che specialmente nel processo è derivata dalla concezione secondo cui il processo deve essere diretto dal giudice piuttosto che dalla iniziativa delle parti, ma tratta soprattutto delle leggi di mera formula (quelle, cioè, che realizzano accordi di maggioranza solo se la formulazione resta ambigua), delle leggi che recepiscono accordi di soggetti extraparlamentari [...], delle leggi rese

---

<sup>120</sup> Come si è detto in Cap. I, § 2, la citazione è attribuita a P. CALAMANDREI in F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 29.01.2016, p. 1.

<sup>121</sup> Sulla «interpretazione creatrice» cfr., per tutti, L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 13 ss.; G. TARELLO, *op. cit.*, p. 37 ss.; O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 5 ss. Sulla giurisprudenza come fonte del diritto cfr, anche R. BIN, *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. costituzionale*, 1, 2019, p. 11 ss.; Sul diritto penale giurisprudenziale con specifico riferimento al diritto penale, oltre a quanto si dirà di seguito, di veda F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sist. penale*, 19 gennaio 2021; G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2018, p. 1046 ss.; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 6 giugno 2016; G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997.

contraddittorie da stratificazioni di emendamenti di segno discordante, e — finalmente — da leggi variamente suscettibili di venire relazionate a qualche lettura del testo costituzionale»<sup>122</sup>.

A tal proposito, la dottrina dei primi anni del '900, occupandosi del fenomeno della giurisprudenza creatrice, si chiedeva se fosse più un «errore» o un «trionfo»<sup>123</sup>.

Argomentando anche attraverso esempi pratici della giurisprudenza dell'epoca, affermava che, spesso, «alcuni principi che in un dato momento sono dalla scuola condannati come errori, giungono poi a far breccia nella dottrina che li riceve in tutto o in parte, e rielaborandoli, li assimila. Ciò costituisce un trionfo della giurisprudenza pratica, che col suo moto operoso tanto contribuisce al progresso del diritto»<sup>124</sup>.

In realtà, però, se pur vero che la giurisprudenza può contribuire al progresso del diritto, tale opera deve avvenire nei limiti ammessi dall'ordinamento<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> Così G. TARELLO, *Chi ci salverà dal governo dei giudici?*, in *Mondoperaio*, 3, 1984, p. 28 ss. In tema di “Governo dei giudici”, con particolare riferimento ai rapporti con la politica, si veda anche E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI, A. GIASANTI (a cura di), *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Milano, 1996. Sul punto anche F. VECCHIO, *Pericolo populista e riforme della giustizia. A proposito di alcune insoddisfacenti proposte di riforma dell'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. AIC*, 2, 2021, p. 65 ss.; Id., *Il lato oscuro della forza: corporativismo giudiziario, stato costituzionale e costituzionalismo*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2021, p. 37 ss. Per dare uno sguardo anche alla questione dei rapporti tra giudici e politica nel sistema americano si veda E. LAMBERT, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti. L'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*, (ed. a cura di R. D'ORAZIO), Milano, 1996.

<sup>123</sup> In tal senso L. COVIELLO, *Gli errori della giurisprudenza e i suoi trionfi*, in *Giur. it.*, 1918, IV, p. 33 ss. Per una panoramica sugli orientamenti filosofici che sostengono la giurisprudenza creatrice si rinvia a L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 16 ss.

<sup>124</sup> *Ibidem*.

<sup>125</sup> In tema sembra interessante un passo contenuto in R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013, pp. 107-108 in cui afferma: «La tensione tra il potere di emanare le leggi e il potere di interpretarle e applicarle ai casi concreti genera l'equilibrio di forze che sostiene lo Stato di diritto e che dà senso alla separazione dei poteri. Come mostrano le strutture triangolari delle capriate che reggono le volte, talvolta per secoli e secoli, i due montanti si uniscono al centro e li scaricano le loro forze opposte: perché ne risulti un equilibrio bisogna che siano ben distanziati i punti in cui essi si fissano alla base e che l'ancoraggio sia saldo. La costruzione dello Stato di diritto può reggere solo se il ruolo del potere politico-legislativo e quello dell'interpretazione e applicazione del diritto sono ben distanziati alla



Il giudice, ai sensi dell'art. 101 Cost., è soggetto «alla legge» e non sovraordinato ad essa<sup>126</sup>.

La teoria della separazione dei poteri su cui si basa il nostro ordinamento democratico, infatti, impone che a creare diritto siano soltanto coloro i quali godono di potestà normativa attribuita dall'ordinamento e, tra questi, non vi sono i giudici<sup>127</sup>.

L'aumento della discrezionalità giudiziaria, inoltre, con specifico riferimento all'oggetto del nostro studio, è, come si è detto più volte, causa di detrimento della riserva di legge in materia penale<sup>128</sup>.

L'opera del giudice, quindi, diviene al medesimo tempo causa e soluzione alla crisi della legge.

I giudici, in aggiunta, non godono di nessuna legittimazione democratica, sono scelti in Italia con criteri non elettivi, e, dunque, la creazione della legge da

---

base e in essa saldamente impernati. [...] Dalla solidità di quel legame dipende la legittimazione del potere discrezionale esercitato dai giudici».

<sup>126</sup> In tema, per tutti, si vedano D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto». Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008; F. BIONDI, *Art. 101 Cost.*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 914 ss.; R. GUASTINI, *Art. 101*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione.*, Bologna, 1994, p. 173 ss. In tema si veda anche V. ZAGREBELSKY, *Nozione e portata dell'indipendenza dell'Ordine giudiziario e dei giudici. Ruolo del Consiglio superiore della magistratura*, in *Oss. costituzionale AIC*, 6, 2019, p. 82 ss.

<sup>127</sup> In tal senso G. TARELLO, *Chi ci salverà dal governo dei giudici*, cit., p. 29 afferma: «Insomma, la vigenza del principio della separazione con il corollario della nullità della politica del giudiziario cozza con la quasi inevitabile trasmissione del potere politico da parte del Parlamento ai giudici. Ma, essendo investiti i giudici di potere politico, anche loro malgrado, tensioni tra legislativo e giudiziario sono inevitabili». Per maggiori approfondimenti sulla separazione dei poteri nell'ordinamento italiano si veda G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, 1984, p. 233 ss. Per quanto riguarda gli approfondimenti teorici sulla separazione dei poteri si veda Ivi, pp. 1 ss. Sul punto si veda anche E. BETTI-SCHIAVONI, *Il principio di separazione dei poteri nei dibattiti parlamentari della Rivoluzione francese: dagli Stati Generali all'Assemblea Nazionale Costituente*, in *Giorn. di stor. costituzionale*, 14, 2007, p. 75 ss. In tema, soprattutto con particolare riferimento al rapporto dei “poteri” con la “funzione giurisdizionale”, si veda l'interessante contributo L. SPADACINI, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. L'esperienza nordamericana e il differente approccio delle democrazie europee*, Brescia, 2012.

<sup>128</sup> A tal proposito si veda anche quanto riportato da G. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 8, il quale, tra le cause della “crisi della fattispecie penale”, richiama il «focus dell'esperienza giuridica dalla legislazione alla decisione giudiziale e al correlato trasferimento dei criteri di decisione giudiziaria al di là e al di sopra della legge».

parte della giurisprudenza, se pur utili di fronte alla crisi della legge, si pone in netto contrasto con il principio di sovranità popolare di cui all'art. 1 della Costituzione<sup>129</sup>.

Si potrebbe obiettare, probabilmente, che tale visione risulta essere anacronistica e poco funzionale.

All'obiezione si risponde che, a torto o a ragione, è una scelta di fondo dell'ordinamento, che deve essere osservata ai fini del rispetto dei principi sanciti nella Costituzione e per la tenuta dello Stato di diritto.

Il problema, tuttavia, necessità di trovare una soluzione altrove, perché il persistere della questione potrebbe compromettere la tenuta del sistema.

A tal proposito, delle soluzioni appaganti potrebbero essere quelle che qui seguono.

Il ritorno a un uso del linguaggio legale più rigoroso<sup>130</sup>.

Il ritorno della centralità della codificazione in luogo di leggi che presentano svariati contenuti<sup>131</sup>.

Un valido esempio in materia penale è rappresentato dalla riserva di codice *ex art. 3-bis c.p.*, introdotto nel 2018<sup>132</sup>, in cui è sancito che «Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia».

Una riforma, infine, della forma di governo che tendi verso il semipresidenzialismo o il presidenzialismo, o, comunque, che rafforzi il ruolo del Capo del Governo, così da formare governi più stabili, che possano rappresentare lo strumento per una migliore sintesi degli interessi della società<sup>133</sup>.

Una soluzione, invece, non sembra possa essere quella di una elezione democratica dei giudici.

---

<sup>129</sup> Sul punto si veda pure Cap. I, § 6.

<sup>130</sup> In tal senso L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 23.

<sup>131</sup> *Ibidem*.

<sup>132</sup> D.lgs. 1° marzo 2018, n. 1, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 68, 22 marzo 2018.

<sup>133</sup> In tal senso sembrano deporre le proposte di riforma costituzionale oggetto di dibattito durante l'attuale legislatura (XIX). A tal proposito, si vedano le interessanti considerazioni di F. GIUFFRÈ (intervista a cura di M. DE FEUDIS), *La svolta presidenzialista antidoto alla crisi dei partiti*, in *La Gazzetta del Mezzogiorno*, 10 maggio 2023. Sulle proposte di riforma si veda AA. VV., *Riforme istituzionali e forme di governo. Un confronto*, in *Paper di federalismi*, 7 giugno 2023.

Si rischiano, infatti, i problemi già esaminati in conclusione del Capitolo I, inerenti alla tragedia dell'EDIPO Re, giudice e legislatore di se stesso<sup>134</sup> e alle critiche avanzate da F. GUIZOT in proposito nel 1821<sup>135</sup>. Sul punto si rinvia a quanto già scritto<sup>136</sup>.

## 2. L'interpretazione della legge penale

La legge penale è soggetta, in via generale, ai normali canoni ermeneutici a cui sono sottoposti tutte le altre leggi.

A tal proposito, tuttavia, occorre avvertire che le esigenze garantiste espresse dal principio di legalità escludono l'applicabilità di alcuni tipi di interpretazione in materia penale.

Orbene, si è detto che la giurisprudenza deve agire nei limiti concessi ad essa dall'ordinamento, così da evitare uno sconfinamento dei limiti previsti e il connesso fenomeno della "giurisprudenza creatrice".

Prima di procedere, quindi, ad esaminare i casi pratici in cui la giurisprudenza sembra essere andata oltre i limiti concessi, occorre illustrare i criteri di interpretazione adoperabili in materia penale e ammessi dall'ordinamento, al fine di evidenziarne i relativi limiti.

Dopodiché, si potrà procedere a verificare se i casi che saranno qui illustrati rispettino o meno tali limiti.

La letteratura sul tema è vastissima, per tale motivo qui si ritiene che possa procedersi a una breve disamina della tradizionale attività interpretativa in materia penale e rimandare a tali contributi<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> M. CARTABIA, *Edipo Re*, in M. CARTABIA, L. VIOLANTE (a cura di), *Giustizia e Mito*, Bologna, Bologna, 2018, p. 60.

<sup>135</sup> F. GUIZOT, *Cospirazioni e giustizia politica*, in A. CARRINO (a cura di), *I giudici e la politica*, Napoli, 2002, p. 15 ss.

<sup>136</sup> Cfr. Cap. I, § 6.

<sup>137</sup> Per uno sguardo sull'interpretazione nella filosofia del diritto e nella logica giuridica si veda, per tutti, l'interessantissimo F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2016. Per quanto riguarda specificamente l'interpretazione nel diritto penale cfr., fra i molti, V. NAPOLEONI, *L'onere dell'interpretazione conforme*, in V. MANES, V. NAPOLEONI (a cura di), *La legge penale illegittima. Metodi, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, p. 49 ss.; D. PULITANÒ, *Il giudice e la legge penale*, in *Quest. Giustizia*, 2, 2017; V. MANES, *Il giudice nel LABIRINTO*, Roma, 2012; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, p. 113 ss.;

In particolare, come è noto, l'art. 12 disp. prel. al codice civile è la disposizione principale a cui occorre fare riferimento nell'ordinamento in tema di interpretazione della legge<sup>138</sup>.

L'art. 12, cit., innanzitutto, sancisce che «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse».

Si fa riferimento alla c.d. *interpretazione letterale*. L'interprete, quindi, innanzitutto deve procedere ad un esame testuale della disposizione al fine di chiarirne il significato.

Tale operazione, tuttavia, non sempre risulta sufficiente e, quindi, occorrerà fare riferimento ad altri tipi di interpretazione.

In particolare, occorre fare riferimento alla c.d. *interpretazione sistematica*. La disposizione, infatti, deve essere letta in combinazione con le altre disposizioni presenti nell'ordinamento e, in particolare, con quelli presenti nel medesimo settore in cui si inserisce la disposizione oggetto di interpretazione o in un settore ad esso connesso.

Risulta molto importante, inoltre, coordinare la norma con i principi costituzionali e sovranazionali europei, al fine di procedere a una interpretazione

---

D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 657 ss; O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 1 ss.; G. COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005; G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1722 ss.; F. PALAZZO, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in AA.VV., *Diritto privato, 2001-2002, VII-VIII. L'interpretazione e il giurista*, Padova, 2003, p. 507 ss.; A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1958, p. 105 ss.

<sup>138</sup> Sul punto si veda anche G. GORLA, *I precedenti storici dell'art.12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro italiano*, V, 1969, p. 112 ss.

costituzionalmente orientata<sup>139</sup> oppure convenzionalmente o europeisticamente orientata<sup>140</sup>.

Si può fare riferimento, inoltre, alla c.d. *interpretazione teleologica*, ossia l'interprete, al fine di chiarire il significato della norma, deve individuarne la *ratio legis*.

L'art. 12, cit., infatti, sancisce che per ricostruire il senso della norma l'interprete può avvalersi «d[e]lla intenzione del legislatore».

Al fine di ricostruire la *ratio legis*, si possono, innanzitutto, leggere i lavori preparatori della norma.

Possono, inoltre, essere utili altri criteri: l'argomento *a contrario*, basato sull'antico brocardo *ubi lex voluit, dixit*, per escludere dal campo di applicazione della norma tutto ciò che non è espressamente sancito; l'argomento *ad absurdum*, per escludere dal campo di applicazione della norma ciò che, se rientrando in tale campo, provocherebbe dei risultati totalmente differenti da quelli per cui la norma era stata posta; l'argomento *a fortiori*, al fine di fare rientrare nel campo di applicazione della norma una situazione giuridica, non espressamente prevista, ma che vi rientra "a maggior ragione", in quanto la disposizione ne prevede espressamente un'altra meno rilevante.

Qualora, tuttavia, un caso non sembri rientrare nei casi direttamente disciplinati dalla legge, l'art. 12, cit., sancisce «Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

Si tratta, come già visto in precedenza, della c.d. *interpretazione analogica*, nella forma della analogia *legis* e della analogia *iuris*<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> In tal senso nella giurisprudenza costituzionale, *ex multis*, Corte cost, sent. n. 1, 17 dicembre 1999-7 gennaio 2000, in *Gazz. Uff.*, n. 2, 12 gennaio 2000. Si veda anche Corte cost, sent. n. 356, 14-22 ottobre 1996, in *Gazz. Uff.*, n. 44, 30 ottobre 1996. In tema, per tutti, V. NAPOLEONI, *op. cit.*, p. 49 ss. Sull'interpretazione conforme a Costituzione si veda anche G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in *Federalismi*, 17, 2011, p. 1 ss.

<sup>140</sup> Sul punto si rimanda a quanto detto in tema di fonti sovranazionali europee nei Cap. IV e V. In tema si veda anche V. NAPOLEONI, *op. cit.*, p. 129 ss.

<sup>141</sup> Cfr. Cap. III, § 2.

L'interpretazione analogica, tuttavia, come ampiamente detto, non risulta applicabile nel diritto penale ai sensi dell'art. 14 disp. prel. del codice civile<sup>142</sup>.

Tale disposizione, infatti, interpretata alla luce della *ratio* garantista che connota il principio di legalità in materia penale ed espressa dall'art. 25 Cost., vieta l'interpretazione analogica *in malam partem*.

Sul punto si è già detto in modo approfondito e a tale sede, dunque, si rinvia<sup>143</sup>.

È sufficiente qui ribadire che l'interpretazione analogica va distinta dalla c.d. *interpretazione estensiva* – ammessa nel diritto penale – che «permette l'applicazione della norma in modo ampio, andando oltre al suo tenore strettamente letterale ed estendendola a tutti i possibili significati, ma sempre rimanendo nei limiti da essa concessi»<sup>144</sup>.

La sottile differenza tra interpretazione analogica – vietata – e interpretazione estensiva – non vietata – è importante, perché, così di vedrà nei paragrafi che qui seguiranno, a volte, la giurisprudenza sembra avere valicato i confini dell'una e varcato quelli dell'altra.

Soltanto l'esame concreto dei casi giurisprudenziali, tuttavia, potrà confermare o smentire tale tesi.

### **3. La legittimità costituzionale delle leggi di interpretazione autentica in materia penale**

Non costituisce una vera e propria attività interpretativa la c.d. *interpretazione autentica*, che è quella effettuata direttamente dall'organo autore della norma per attribuire un preciso significato ad una disposizione e che per essere ragionevole – così come chiarito dalla Corte costituzionale – deve rispecchiare una delle tante possibili di interpretazione della norma e non un significato ulteriore<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> Ibidem.

<sup>143</sup> Ibidem.

<sup>144</sup> Così nel Cap. III, § 2.

<sup>145</sup> In tal senso, *ex multis*, Corte cost., sent. n. 78, 2-5 aprile 2012, in *Gazz. Uff.*, n. 15, 11 aprile 2012. Nella letteratura sulla interpretazione autentica, per tutti, si vedano I. RIVERA (a cura di), *La legge di interpretazione autentica tra Costituzione e CEDU*, Tomi I-IV, 2015, reperibile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003; A. ANZON, *L'interpretazione autentica*

Una interpretazione autentica, infatti, che attribuisce un significato ulteriore rispetto a quelli possibili risulterebbe innovativa dell'ordinamento e non meramente chiarificatrice di una norma già esistente.

L'interpretazione autentica è ammissibile anche nel diritto penale, ancorché risulti sfavorevole al reo, perché, comunque, deve rispecchiare uno dei tanti significati attribuibili alla norma, ma non può andare oltre.

Sul punto si è anche espressa recentemente la giurisprudenza di merito in seguito all'interpretazione autentica contenuta all'art. 5-*quinquies* del d.l. 215/2021 in tema di peculato dell'albergatore<sup>146</sup>.

In particolare, in tale occasione si è detto che le leggi di interpretazione autentica sono costituzionalmente legittime quando non superano i confini della ragionevolezza e non violano i principi dell'affidamento e della certezza del diritto<sup>147</sup>.

Di conseguenza, l'organo giudicante ha affermato l'ammissibilità dell'interpretazione autentica del legislatore in tema di peculato dell'albergatore, non avendo riscontrato nessuna violazione in proposito dei sopraesposti principi.

L'orientamento è condivisibile.

Le leggi di interpretazioni autentica, infatti, non costituiscono “zone franche” dell'ordinamento e, quindi, purché rispettose del principio di legalità in materia penale e degli altri principi sopra richiamati, risultano ammissibili in materia penale.

---

*legislativa tra controllo di costituzionalità ed evoluzione del ruolo della legge*, in A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore. Atti del seminario di Roma del 5 ottobre 2000*, Torino, 2001; L. OLIVIERI, *Interpretazione e leggi di interpretazione autentica*, in A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore. Atti del seminario di Roma del 5 ottobre 2000*, Torino, 2001; G. U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 770 ss.; G. DUNI, *Interpretazione autentica della legge penale*, in *Riv. pen.*, 1962, p. 157 ss.

<sup>146</sup> D.l. 21 ottobre 2021, n. 146 conv. con mod. con l. 17 dicembre 2021, n. 215, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 252, 21 ottobre 2021. Per una ricostruzione della questione si veda, per tutti, G. AMARELLI, *Peculato dell'albergatore: il legislatore chiarisce la retroattività della depenalizzazione del 2020*, in *Sist. penale*, 1° febbraio 2022,

<sup>147</sup> Trib. di Trapani, sent. 2 febbraio 2022. Per un commento alla sentenza si veda G. AMARELLI, *Peculato dell'albergatore: la giurisprudenza esclude l'illegittimità costituzionale della legge di interpretazione autentica, rimuovendo l'ultimo limite alla retroattività della depenalizzazione*, in *Sist. penale*, 15 marzo 2022.

#### **4. Discrezionalità giudiziaria “creativa” e possibili sconfinamenti dei limiti interpretativi in senso sfavorevole al reo: l’esame della prassi**

L’interpretazione della legge, come si è detto, impone che il giudice non si spinga fino a divenire un’ulteriore fonte del diritto oltre a quelle provenienti dai soggetti che godono di potestà normativa nell’ordinamento giuridico.

Nella prassi, tuttavia, talvolta l’opera del giudice sembra essere andata oltre i limiti della mera interpretazione, causando dei problemi in ordine al rispetto del principio di legalità in materia penale, con particolare riferimento ai corollari della riserva di legge e della tipicità.

Il problema, ad esempio, si pone con riferimento all’applicabilità dei reati previsti per la stampa ai giornali telematici.

La questione nasce perché la nozione di stampa di cui all’art. 1, l. n. 47/1948<sup>148</sup>, ossia della legge sulla stampa, fornisce una nozione di stampa che non comprende le testate telematiche.

Ai sensi del citato art. 1, infatti, «Sono considerate stampe o stampati, ai fini di questa legge, tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione».

La giurisprudenza si è espressa in merito all’estensibilità ai giornali telematici con riferimento a tre ipotesi di reato: in ordine al reato di stampa clandestina (art. 5 e 16, l. n. 47/1948); in ordine al reato di omesso controllo del direttore o del vicedirettore di un giornale volto ad impedire la commissione di fatti-reati a mezzo stampa (art. 57 ss. c.p.); in tema di sequestro preventivo della stampa, ammesso – in base all’art. 21 Cost. – nei soli casi previsti dalla legge sulla stampa o di stampa clandestina<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> L. 8 febbraio 1948, n. 47, *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 43, 20 febbraio 1948.

<sup>149</sup> In tema di libertà di manifestazione del pensiero si vedano, fra gli altri, F. GAMBINI, *Art. 21*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 159 ss.; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, 1958; S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1958.



Orbene, la giurisprudenza maggioritaria, per lungo tempo ha sostenuto che l'estensione delle suddette fattispecie di reato alla stampa telematica rappresentasse un'applicazione analogica *in malam partem* della legge penale<sup>150</sup>.

Di recente, tuttavia, ha mutato orientamento.

In particolare, a partire dalla sentenza a Sezioni Unite n. 31022 del 2015, la Corte di cassazione, esprimendosi in tema di sequestro preventivo della stampa, ha sostenuto che se pur vero che l'art. 21 Cost. ammette la sequestrabilità soltanto nei casi in cui la legge sulla stampa lo preveda o nel caso di stampa clandestina, è anche vero che la disposizione costituzionale accoglie un concetto stampa più ampio di quello indicato all'art. 1 della l. n. 47/1948, in quanto idoneo a ricomprendere qualsiasi atto di manifestazione del pensiero avvenuto nell'ambito di attività esercitate professionalmente<sup>151</sup>.

La Cassazione in tale occasione specifica che l'applicabilità del reato ai giornali telematici non rappresenta una applicazione analogica *in malam partem*, ma una mera interpretazione evolutiva del concetto di stampa.

Sulla base suddetta sentenza, la Cassazione nel 2019 ha applicato alla stampa telematica anche il reato di omesso controllo del direttore o del vicedirettore di un giornale<sup>152</sup> e ciò lascia presagire che ciò avverrà in futuro pure in tema di stampa clandestina.

Tale orientamento, tuttavia, non appare condivisibile.

È vero, infatti, che l'art. 21 della Costituzione accoglie una nozione ampia di manifestazione del pensiero, ma ciò avviene a tutela del cittadino. Tale nozione, infatti, non può essere accolta in suo sfavore e applicata analogicamente nel diritto penale, settore in cui vige la riserva di legge e il principio di tipicità.

L'art. 21 Cost., infatti, ammette il sequestro soltanto nei casi previsti dalla legge sulla stampa e in caso di stampa clandestina e tale legge accoglie una nozione di stampa – al sopracitato art. 1, l. n. 47/1948- che non ricomprende i giornali telematici.

---

<sup>150</sup> *Ex pluribus*, Cass. pen, Sez. V, n. 10594, 5 novembre 2013-5 marzo 2014; Cass. pen, Sez. V, n. 44126, 28 ottobre 2011-29 novembre 2011; Cass. pen, Sez. III, n. 39354, 27 settembre 2007-24 ottobre 2007; Cass. pen, Sez. V, n. 7319, 7 dicembre 2007-15 febbraio 2008.

<sup>151</sup> Cass. pen, Sez. Un., n. 31022, 29 gennaio-17 luglio 2015. Si veda anche in tema Cass. pen, Sez. Un., n. 23469, 25 ottobre-18 novembre 2016.

<sup>152</sup> Cass. pen, Sez. V, n. 1275, 23 ottobre 2018-11 gennaio 2019.

L'orientamento, pertanto, sembra effettuare una applicazione analogica in senso sfavorevole al reo vietata nel diritto penale, espressione di giurisprudenza creativa.

Un fenomeno di giurisprudenza creativa sembra aversi anche in seguito alla riforma del 2020 che ha novellato l'art. 323 c.p. in cui si punisce il reato di abuso d'ufficio<sup>153</sup>.

Orbene, prima della riforma, per potere punire il pubblico ufficiale o l'incaricato a un pubblico d'ufficio che, nell'esercizio della funzione o del servizio, procurava intenzionalmente a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arrecava ad altri un danno ingiusto, era sufficiente che il pubblico funzionario avesse violato «norme di legge o di regolamento» oppure che avesse omesso «di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un proprio congiunto o negli altri casi prescritti».

Con la riforma del 2020, tuttavia, il legislatore, pur lasciando inalterata la seconda modalità di commissione del reato – vale a dire l'aver omesso «di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un proprio congiunto o negli altri casi prescritti» - ha modificato la prima modalità, ritenendo che il reato di abuso d'ufficio risulti configurabile non in presenza di qualsiasi «violazione di norma di legge o di regolamento», ma «in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»<sup>154</sup>.

La giurisprudenza successiva alla riforma, tuttavia, non sembra avere accolto del tutto la portata innovativa della norma – basata sulla volontà del legislatore di restringere il campo di applicazione del reato e restituire ai pubblici funzionari maggiori margini di movimento nell'esercizio della loro attività – in quanto ha continuato a ritenere configurabile il reato anche nel caso di violazione di norme regolamentari.

La Corte di cassazione, infatti, ha ritenuto che la violazione della norma regolamentare «può rilevare ai fini dell'integrazione del reato nel caso in cui esse,

---

<sup>153</sup> D. l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con mod. dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 228, 14 settembre 2020.

<sup>154</sup> In tema, per tutti, G. L. GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in *Sist. penale*, 2 dicembre 2020.

operando quali norme interposte, si risolvano nella specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito dalla norma primaria»<sup>155</sup>.

In altri termini, quindi, la violazione della norma regolamentare può rilevare come una violazione indiretta della norma primaria.

Tale orientamento, tuttavia, non sembra condivisibile.

Se pur vero, infatti, che una norma regolamentare può integrare il precetto penale a livello tecnico, così come già visto e come avviene per i reati in tema di traffico di sostanze stupefacenti<sup>156</sup>, occorre che il richiamo al regolamento sia effettuato direttamente dalla legge penale.

La suddetta interpretazione del novellato art. 323 c.p., invece, oltre a porsi in contrasto con lo spirito della riforma e, quindi, con la *ratio* della norma, sembra risultare in palese violazione del tenore letterale della disposizione che fa riferimento alla «violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge».

In altri termini, la regola di condotta deve risultare in modo espresso e specificata in tutti i suoi elementi dalla norma primaria richiamata, senza che si renda necessaria una sua integrazione ad opera di un regolamento.

Nel caso in cui, inoltre, si volesse ritenere che la suddetta giurisprudenza abbia voluto richiamare la norma regolamentare come mera norma esecutiva della legge, il richiamo risulterebbe una superfetazione, in quanto basterebbe il mero richiamo alla norma di primaria, unica ed esclusiva fonte del precetto rilevante *ex* art. 323 c.p.

Un abuso interpretativo sembra aversi anche in ordine al reato di cui all'art. 660 c.p., rubricato «Molestie o disturbo alle persone», in cui è previsto che «Chiunque, in luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, [...] reca a taluno molestia o disturbo, è punito [...]».

In tema la giurisprudenza si espressa negli ultimi anni in ordine alla possibilità di configurare il reato «a mezzo del telefono» anche attraverso l'uso di nuove tecnologie come i c.d. messaggi “sms”<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> Così Cass. pen, Sez. VI., n. 33240, 16 febbraio-8 settembre 2021; Cass. pen, Sez. VI., n. 1606, 11 novembre 2021-17 gennaio 2022.

<sup>156</sup> Cfr. Cap. II, § 3.5.

<sup>157</sup> Per tutte Cass. pen, Sez. I., n. 30294, 24 giugno-29 luglio 2011; Cass. pen, Sez. I., n. 10983, 22 febbraio-16 marzo 2011.

La giurisprudenza, a tal proposito, ha ritenuto di estendere la punibilità anche nel caso degli “sms”, sostenendo che comunque l’invio del messaggio avviene per mezzo del telefono.

La tesi appare condivisibile considerata che sembra trattarsi di una mera interpretazione evolutiva dei mezzi di comunicazione.

Appare meno condivisibile, invece, l’orientamento che in tema ha considerato «luogo pubblico o aperto al pubblico» il servizio di rete sociale denominato *Facebook*<sup>158</sup>.

La nozione, infatti, di «luogo pubblico o aperto al pubblico» mal si presta ad essere ritenuta presente anche in relazione ai servizi di rete sociale, considerata l’assenza di “fisicità” che sembra essere richiesta sul piano costituzionale dall’art. 17 Cost<sup>159</sup>.

Anche in questo caso, quindi, sembra che la giurisprudenza abbia travalicato i limiti interpretativi previsti dalla legge.

Simili problemi sorgono anche in tema di reati edilizi.

La giurisprudenza, infatti, dopo avere superato l’ormai remoto orientamento che affermava il potere del giudice penale di disapplicare il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell’art. 5, l. 2248/1865, All. E)<sup>160</sup> – in quanto potere previsto a tutela dei diritti e non ai fini penali, settore in cui il giudice deve limitarsi ad accertare se la fattispecie concreta rientri in quella astratta – ha, comunque, affermato il potere dell’organo giudicante di verificare la legittimità del provvedimento amministrativo quando tale controllo sia richiesto

---

<sup>158</sup> Così Cass. pen, Sez. II., n. 37596, 11 luglio-12 settembre 2014.

<sup>159</sup> In tal senso ci si è espressi pure in un precedente scritto V. TELARO, *I servizi di rete sociale (social network) come spazio pubblico d’espressione politica. Verso il “giudice” digitale?*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 3, 2021, p. 835. In tema si veda anche B. MAZZOLARI, *La censura su piattaforme digitali private: il caso Casa Pound c. Facebook*, in *Dir. dell’informazione e dell’informatica*, II, 1, 2020, p. 109 ss., che, in particolare, a p. 116 scrive: «Inoltre nell’interpretare la spazialità della dimensione virtuale si riscontrerebbe inevitabilmente l’assenza delle caratteristiche di materialità del luogo e della compresenza fisica dei soggetti, elementi essenziali della richiamata disciplina costituzionale». Per un commento all’art. 17 Cost. si vedano, F. GAMBINI, *Art. 17*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 135 ss. A. PACE, *Art. 17*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione.*, Bologna, 1977, p. 147 ss.

<sup>160</sup> L. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E), in *Gazz. Uff. del Regno d’Italia*, P. prima, n. 114, 12 maggio 1865.

direttamente dalla legge (criterio della *tipicità formale*) o risulti necessario in base alla *ratio* della norma (criterio della *tipicità sostanziale*)<sup>161</sup>.

La giurisprudenza, in particolare, ha applicato tali principi ai reati edilizi di cui all'art. 44, d.P.R. n. 380/2011 in cui sono puniti una serie di fatti posti in essere «in difformità o in assenza del permesso»<sup>162</sup>.

Si è detto, infatti, che il permesso illegittimo deve essere equiparato al permesso mancante e, quindi, se vi è dolo dell'autore del fatto nel procurarsi un permesso illegittimo, il fatto deve essere comunque punito nonostante la norma non lo preveda espressamente. La *ratio* della normativa, infatti, secondo tale orientamento, è da ravvisare nella tutela del corretto sviluppo del territorio e ciò impone il controllo della legittimità del provvedimento in base al criterio della “tipicità sostanziale”<sup>163</sup>.

L'assenza, tuttavia, di una espressa disposizione in tal senso sembra andare oltre i limiti concessi dal legislatore nell'interpretazione della legge. Se può, infatti, giustificarsi il criterio di “tipicità formale”, sembra stridere con i corollari della legalità penale quello della “tipicità sostanziale”, rischiando di divenire espressione di giurisprudenza creativa e di dare luogo a disparità di trattamento a seconda dell'orientamento accolto dal singolo giudice nel caso concreto.

Ulteriore ipotesi di giurisprudenza creativa sembra che possa aversi in merito al reato di cui all'art. 674 c.p., rubricato «Getto pericoloso di cose».

Sul punto occorre evidenziare che la giurisprudenza ha interpretato la nozione di «cose» fino a ricomprendervi le onde elettromagnetiche<sup>164</sup>.

A ben vedere, tuttavia, tale interpretazione non è da considerare veramente frutto della mera volontà del giudice, ma appare rientrare pienamente entro i limiti interpretativi concessi dal legislatore.

---

<sup>161</sup> Il criterio di “tipicità formale” è stato accolto dalle Sezioni Unite in Cass. pen, Sez. Un., n. 3, 31 gennaio-27 febbraio 1987. Le Sezioni Unite, hanno accolto, invece, anche il criterio della “tipicità sostanziale, in Cass. pen, Sez. Un., n. 11635, 12 novembre-21 dicembre 1993. In tema cfr. pure Cap. II, § 3.5, nota n. 188. Nella letteratura, per tutti, G. COCCO, *Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice. I Parte*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2021, p. 6 ss.; G. COCCO, *Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice. II Parte*, in *Resp. civ. e prev.*, 2, 2021, p. 358 ss.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

<sup>163</sup> *Ibidem*.

<sup>164</sup> *Ex pluribus* Cass. pen, Sez. IV, n. 23262, 24 febbraio-9 giugno 2011; Cass. pen, Sez. III, n. 17967, 8 aprile-5 ottobre 2011; Cass. pen, Sez. III, n. 15707, 9 gennaio-14 aprile 2009.

La nozione di cosa, infatti, agli effetti della legge penale, è possibile ricavarla dall'art. 624 c.p., in cui è sancito che «si considera *cosa mobile* anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico».

In base a ciò, dunque, sembra che in tale caso la giurisprudenza abbia interpretato l'art. 674 c.p. rimanendo nei limiti ad essa concessi, anche (e soprattutto) alla luce dell'art. 624 c.p. L'orientamento, pertanto, risulta condivisibile.

Procedendo con l'esame dei casi presentatesi nella prassi in cui sembra che la giurisprudenza sia andata oltre i poteri ad essa concessi dall'ordinamento, occorre fare riferimento al reato di concorso esterno in associazione mafiosa.

Come si è ampiamente visto in precedenza, il reato è stato riconosciuto anche a Sezioni Unite nel nostro ordinamento sulla base degli artt. 416-*bis* e 110 del codice penale<sup>165</sup>.

Orbene, in realtà, l'associazione mafiosa è già un reato a concorso necessario e, dunque, l'applicazione del concorso eventuale di reato di cui all'art. 110 c.p. sembra apparire poco confacente alla fattispecie a concorso necessario di cui all'art. 416 c.p., così come sostenuto da parte della giurisprudenza, soprattutto nel periodo antecedente alle già viste in precedenza Sezioni Unite *Demitry* del 1994<sup>166</sup>.

Sembra, quindi, che si tratti più di un caso di giurisprudenza creativa anziché di mera interpretazione della legge.

Un ultimo caso che sembra rilevare al riguardo è quello relativo all'orientamento che ritiene rientrare nell'art. 434 c.p., rubricato «Crollo di costruzioni o altri disastri», anche il disastro ambientale.

Sul punto occorre osservare che la nozione di «altro disastro», così come chiarito anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, va ricavata in base ai caratteri presenti nei disastri tipici previsti nelle disposizioni che precedono l'art. 434 c.p. e dal contesto in cui la norma si riferisce. Deve trattarsi, dunque, di un

---

<sup>165</sup> Cfr. Cap. IV, § 3.1. Sul punto si ricorda che le sentenze maggiormente rilevanti in tema sono: Cass. pen., Sez. Un., n. 33748, 12 luglio-20 settembre 2005; Cass. pen., Sez. Un., n. 22327, 30 ottobre 2002, 21 maggio 2003; Cass. pen., Sez. Un., n. 16, 5 ottobre 1994. *Contra* Cass. pen., Sez. VI, n. 3383, 21 settembre 2001.

<sup>166</sup> Si rinvia al Cap. IV, § 3.1. e alla giurisprudenza ivi citata.

disastro di dimensioni straordinarie, immediato, atto ad offendere la pubblica incolumità<sup>167</sup>.

Il disastro ambientale, tuttavia, spesso, non è immediato, ma è caratterizzato da un lento e, talvolta, impercettibile processo e, dunque, non sembra rientrare nella nozione di «altro disastro» di cui all'art. 434 c.p.

Nonostante ciò, parte della giurisprudenza - soprattutto prima della riforma del 2015 che ha inserito nel codice penale gli artt. 452-*bis* ss. in tema reati ambientali<sup>168</sup>, anche se l'orientamento risulta essere ancora oggi seguito per i fatti criminosi ambientali non punibili in base alla nuova norma - ha ritenuto che il disastro ambientale rientri nel fatto punito all'art. 434 c.p.<sup>169</sup>.

L'orientamento, pertanto, sembra poter configurare una ulteriore ipotesi di giurisprudenza creativa.

Sul punto, però, occorre avvertire che il legislatore con la riforma del 2015 sembra avere avallato la tesi sostenuta dalla giurisprudenza, in quanto nel nuovo art. 452-*quater* c.p., «Disastro ambientale», ha inserito una clausola di riserva in cui si afferma che il reato si applica «Fuori dai casi previsti dall'art. 434».

Come sottolineato in dottrina, infatti, si tratterebbe di un «clausola di salvaguardia, più che di riserva, finalizzata a prevenire l'obiezione secondo cui la tipizzazione del disastro ambientale dimostrerebbe l'inidoneità dell'art. 434 ad applicarsi al disastro ambientale innominato»<sup>170</sup>.

Ciò comporta, quindi, che i fatti commessi sotto la vigenza del solo art. 434 c.p. non saranno sottoposti ad *abolitio criminis*, in virtù della nuova norma di cui all'art. 452-*quater* c.p. che presenta dei contorni più definiti e ulteriori requisiti, ma continueranno ad essere puniti con la pena prevista dall'art. 434 c.p. in quanto più favorevole rispetto a quella di cui all'art. 452-*quater* c.p.

---

<sup>167</sup> Corte Cost., sent. n. 327, 30 luglio-1° agosto 2008, in *Gazz. Uff.*, n. 33, 6 agosto 2008. Sul punto si dirà anche in seguito nel corso della trattazione nel Capitolo dedicato al sindacato della Corte costituzionale sulle norme penali.

<sup>168</sup> L. 22 maggio 2015, n. 68, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 122, 28 maggio 2015.

<sup>169</sup> *Ex multis*, tra gli orientamenti più recenti, Cass. pen., Sez. I, n. 7479, 2 marzo-18 marzo 2021; Cass. pen., Sez. I, n. 40718, 23 febbraio-13 settembre 2018; Cass. pen., Sez. I, n. 58023, 17 maggio-29 dicembre 2017; Cass. pen., Sez. I, n. 7941, 19 dicembre 2014-23 febbraio 2015.

<sup>170</sup> Così R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Torino, 2019, p. 303. In tema si veda pure C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2021.

Per quanto riguarda i nuovi fatti, invece, sarà opera dell'interprete distinguere i casi in cui si applica l'art. 434 c.p. – ossia i casi di inquinamento meno gravi e di immediato pericolo - e in casi rientranti nella nuova normativa del disastro ambientale frutto di un'attività di più lenta e irreversibile<sup>171</sup>.

Dalla disamina delle suddette ipotesi di vera o presunta giurisprudenza creativa, dunque, emerge un chiaro dato: l'opera interpretativa della giurisprudenza, spesso, si è spinta molto oltre i propri poteri.

Occorre osservare, tra l'altro, che i casi citati rappresentano soltanto una parte della giurisprudenza creativa, ossia quella più rilevante, che si accompagna ad altri casi che rilevano in merito, ma che sarebbe ultroneo esaminare.

L'intento, infatti, era quello di porre in luce un problema attraverso l'esame della prassi maggiormente significativa al riguardo che viene seguita nelle aule di giustizia.

## **5. Discrezionalità giudiziaria “creativa” e possibili sconfinamenti dei limiti interpretativi in senso favorevole al reo: l'esame della prassi**

In precedenza si è detto che l'ordinamento ammette nel diritto penale l'analogia *in bonam partem*, in virtù della *ratio* garantista di cui all'art. 25 Cost., quando la norma penale da applicare analogicamente non risulta essere eccezionale oppure non presenti una lacuna intenzionale del legislatore<sup>172</sup>.

Si è detto, quindi, che risulta applicabile l'interpretazione analogica in materia penale quando il fatto a cui ci si riferisce risponde alla medesima *ratio* della norma espressamente prevista<sup>173</sup>.

Sulla base di tali considerazioni, si è ritenuto di condividere gli orientamenti che ammettono l'estensione analogica delle scriminanti di reato e delle cause di esclusione della colpevolezza, quando sono rispettati i sopracitati requisiti della mancanza di eccezionalità, della assenza di una lacuna legislativa intenzionale e della presenza nel fatto concreto dell'*eadem ratio* del fatto astrattamente previsto dalla disposizione di legge che rileva in merito<sup>174</sup>.

---

<sup>171</sup> In tal senso cfr. pure Cass. pen., Sez. I, n. 58023, 17 maggio-29 dicembre 2017.

<sup>172</sup> Cfr. Cap. III, § 2.

<sup>173</sup> *Ibidem*.

<sup>174</sup> *Ibidem*.



Orbene, in tale occasione si è discusso dell'orientamento, accolto anche dalle Sezioni Unite n. 10381, 26 novembre 2020-13 marzo 2021, che ha esteso al convivente *more-uxorio* la causa di esclusione della colpevolezza di cui all'art. 384, comma 1, c.p., a cui, pertanto, qui si rinvia<sup>175</sup>.

In questa sede, invece, saranno posti in evidenza, a titolo d'esempio, altri casi in cui la giurisprudenza ha applicato analogicamente la legge penale con effetti *in bonam partem*.

Pur non provocando, infatti, generalmente, nessun problema in ordine al rispetto della legalità penale, essendo in senso favorevole al reo, talvolta, è capitato che siano stati travalicati nella prassi i limiti interpretativi previsti dall'ordinamento, dando luogo al fenomeno della giurisprudenza creativa.

Per meglio comprendere quanto detto, si ritiene utile fare cenno all'esame di due casi che rilevano al riguardo e che danno luogo a risultati opposti tra loro.

In particolare, il procedimento analogico sembra essere stato rispettato dall'orientamento giurisprudenziale che ha ammesso l'applicazione della scriminante della legittima difesa di cui all'art. 52 c.p. anche nel caso di pericolo "imminente" e non ancora (del tutto) "attuale"<sup>176</sup>.

Un pericolo "immediato", infatti, risponde alla medesima *ratio* del pericolo "attuale" preso in considerazione dalla norma penale e, quindi, risulta possibile l'interpretazione analogica della disposizione *de qua*.

La giurisprudenza, invece, appare meno rispettosa dei sopracitati requisiti legittimanti l'applicazione analogica *in malam partem* con riferimento ad un altro caso.

In particolare, parte della giurisprudenza ha ritenuto di applicare l'art. 54 c.p., «Stato di necessità», non solo in presenza di «un pericolo attuale di un grave danno alla persona», ma anche in occasione di fatti commessi per soddisfare esigenze abitative – come l'occupazione di immobili altrui – che solo mediatamente colpiscono la persona<sup>177</sup>.

Orbene, la norma, così intesa, sembra travalicare i limiti concessi dal legislatore. Non menzionando, infatti, i bisogni economici, ma soltanto quelli

---

<sup>175</sup> Ibidem.

<sup>176</sup> In tema, tra le altre, Cass. pen., Sez. I, n. 6591, 27 gennaio-18 febbraio 2010.

<sup>177</sup> Sul punto, in particolare, Cass. pen., Sez. III, n. 5524, 18 marzo 1983.

inerenti alla persona – a differenza di quanto il legislatore esprime all’art. 52 c.p. in tema di legittima difesa – risulta essere espressione di una lacuna intenzionale.

L’applicazione analogica, quindi, risulta essere in questo caso vietata<sup>178</sup>.

Sul punto, però, merita condivisione l’orientamento che ritiene di estendere l’ambito di applicazione dell’art. 54 c.p. quando il bisogno economico o abitativo provoca nell’immediato un pericolo per la persona che non è possibile affrontare nel breve periodo in altri modi<sup>179</sup>.

Ai sensi dell’art. 2 Cost., infatti, l’abitazione è uno dei luoghi in cui si svolge la personalità dell’individuo e, quindi, l’assenza di un luogo abitativo può tramutarsi in un danno alla persona<sup>180</sup>.

Di certo, però, non è possibile applicare la scriminante per soddisfare bisogni economici in via definitiva, non potendo la vittima del reato sostituirsi al sistema di servizio sociale che dovrebbe essere garantito dallo Stato. Ma il fatto può essere scriminato soltanto per soddisfare esigenze meramente temporanee, gravemente pregiudicanti la persona e in assenza di altre valide soluzioni nell’immediato.

Da due casi esaminati, quindi, emerge con maggiore chiarezza che l’applicazione analogica *in bonam partem* risulta essere possibile, purché non si travalichino i limiti previsti dal legislatore.

In caso contrario, invece, si avrà una ipotesi di giurisprudenza creativa illegittima.

---

<sup>178</sup> In tal senso, *ex multis*, Cass. pen., Sez. II, n. 7834, 8 novembre 2018-20 febbraio 2019; Cass. pen., Sez. II, n. 8603, 6-26 febbraio 2015.

<sup>179</sup> La giurisprudenza più recente sembra accogliere tale tesi in modo maggioritario. Si vedano sul punto Cass. pen., Sez. II, n. 46054, 23 novembre-16 dicembre 2021; Cass. pen., Sez. II, n. 10694, 30 novembre 2019-27 marzo 2020; Cass. pen., Sez. II, n. 35024, 9 ottobre-9 dicembre 2020. Nella giurisprudenza di merito, per tutti, Trib. di Taranto, Sez. I, 20 novembre 2014.

<sup>180</sup> Per un commento all’art. 2 Cost. si veda G. DI COSIMO, *Art. 2*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 10 ss.

## CAPITOLO VIII

# II SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ SULLE NORME PENALI TRA PRINCIPIO DI LEGALITÀ, DISCREZIONALITÀ ED ESERCIZIO DI POLITICA LEGISLATIVA

SOMMARIO: 1. Il sindacato della Corte costituzionale sulle norme penali con effetti *in malam partem* e il delicato rapporto con il principio di legalità. 1.1. Gli effetti intertemporali delle sentenze della Corte costituzionale *in malam partem*. 2. Il sindacato della Corte costituzionale sulle norme penali con effetti *in bonam partem* e il delicato confine con l'esercizio di politica legislativa. 2.1. Gli effetti processuali delle sentenze della Corte costituzionale *in bonam partem*. 3. Politica legislativa e sindacato di costituzionalità *in bonam partem*: dalla proporzionalità delle pene al caso *Cappato*. 3.1. Le “pene naturali”. Brevi prime note intorno all’ordinanza 20 febbraio 2023 del Tribunale di Firenze. 4. Politica legislativa e attività tassativizzante della Corte costituzionale. 5. Una luce in fondo al tunnel? Il nuovo corso nella giurisprudenza costituzionale delle ordinanze con rinvio a data fissa relative all’incostituzionalità “prospettata ma non dichiarata”

### **1. Il sindacato della Corte costituzionale sulle norme penali con effetti *in malam partem* e il delicato rapporto con il principio di legalità**

Il sindacato della Corte costituzionale sulle norme penali con effetti *in malam partem* è stato oggetto di un lungo dibattito, per il timore che potesse provocare dei problemi in ordine al rispetto del principio di legalità, con particolare riferimento ai corollari della riserva di legge e della irretroattività della norma penale più sfavorevole<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Il tema è stato oggetto di ampio dibattito nella dottrina. Si vedano, in particolare, O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari della giurisprudenza*, Palermo, 2022; V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodi, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019; A. LOLLO, *Sindacato di costituzionalità e norme penali di favore*, Padova, 2017; M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Riv. AIC*, 4, 2016, p. 1 ss.; L. ROMANO,

La Corte costituzionale, in un primo periodo, aveva affermato l'inammissibilità di un sindacato di costituzionalità sulle norme penali con effetti sfavorevoli verso il reo, argomentando sulla irrilevanza dell'eventuale pronuncia di accoglimento nel processo in cui la questione di legittimità costituzionale era stata sollevata<sup>2</sup>.

La Consulta, infatti, aveva affermato che l'eventuale pronuncia di accoglimento della questione non avrebbe potuto produrre effetti nel giudizio in corso, perché altrimenti ciò sarebbe risultato in contrasto con il principio di irretroattività della legge penale<sup>3</sup>.

In seguito, però, la Corte costituzionale ha mutato il proprio orientamento e ha ammesso il sindacato di costituzionalità *in malam partem* sulle norme penali di favore<sup>4</sup>.

Le norme di favore, in particolare, sono quelle norme che si applicano soltanto a determinati soggetti per la particolare funzione che rivestono o per la specifica situazione in cui essi si trovano<sup>5</sup>.

---

*Sindacato delle norme penali di favore*, in AA.VV., *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2015; F. GIUNTA, *Corte costituzionale e diritto penale nell'epoca della democrazia maggioritaria. La problematica angolazione delle c.d. discipline di favore*, in *Giust. pen.*, 5, 2012, p. 240 ss.; M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Pavia, 2012; A. LOLLO, *Norme penali di favore e zone d'ombra nella giustizia costituzionale*, in *Federalismi*, 30 giugno 2009; L. ZILLETTI, F. OLIVA (a cura di), *Il controllo di costituzionalità delle norme penali di favore. Verso un sindacato di legittimità costituzionale sulle scelte politiche criminali?*, Napoli, 2007; A. BONOMI, *Zone d'ombra, norme penali di favore e additive in malam partem: una «differenziazione ingiustificata» da parte della Corte costituzionale?*, in R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007, p. 150 ss.; G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 416 ss.; V. MANES, *Illegittime le "norme penali di favore" in materia di falsità nelle competizioni elettorali. Nota a Corte cost. n. 394/2006*, in *Forum di Quad. cost.*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); M. DOGLIANI, *Irrilevanza "necessaria" della questione relativa a norme penali di favore*, in *Giur. cost.*, 1976, p. 585 ss.

<sup>2</sup> Corte cost, sent. n. 85, 6-14 aprile 1976, in *Gazz. Uff.*, n. 105, 21 aprile 1976.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> Corte cost, sent. n. 148, 18-24 maggio 1983, in *Gazz. Uff.*, n. 155, 6 giugno 1983.

<sup>5</sup> Sulla definizione di norma di favore la dottrina costituzionalistica ha avanzato alcune considerazioni a carattere critico. In particolare, si veda L. MEZZETTI, *Relazione*, L. ZILLETTI, F. OLIVA (a cura di), *Il controllo di costituzionalità delle norme penali di favore. Verso un sindacato di legittimità costituzionale sulle scelte politiche criminali?*, Napoli, 2007, pp. 34-35 in cui scrive: «Un primo punto problematico concerne la stessa definizione delle norme penali di favore che

Si pensi, ad esempio, alle immunità penali.

Le norme di favore risultano vigenti accanto alle norme a carattere generale, che si applicano a tutti coloro i quali non appartengono alla suddetta cerchia ristretta di soggetti.

---

la Corte in sostanza ribadisce, in quanto si richiama alla precedente fondamentale sentenza capostipite, la 148 del 1983, che aveva comunque considerato ammissibile il sindacato di legittimità costituzionale anche su norme penali di favore. La distinzione che francamente non convince è quella fra norme penali che sottraggono determinate fattispecie, o gruppi di fattispecie, o gruppi di soggetti, all'applicabilità ed al rigore della norma penale, sindacabili secondo la Corte sotto il profilo della legittimità costituzionale, e norme che invece delimitano l'applicabilità a determinati gruppi o fattispecie di soggetti della norma stessa, invece non sindacabili ad avviso della Corte in quanto tale sindacato urterebbe contro la barriera rappresentata dall'articolo 28 della legge n. 87 del 1953 che, disciplinando il funzionamento della Corte, oppone un argine estremamente debole e travalicato centinaia di volte in tutti questi anni dall'irrompere torrentizio della Corte sulla scena del sistema politico istituzionale, e vorrebbe escludere la sindacabilità di tutti i profili concernenti le cosiddette "political questions", cioè le questioni aventi sotto il profilo del sindacato di legittimità costituzionale natura o rilevanza di tipo politico. Come si possa distinguere fra norme che sottraggono determinate fattispecie o soggetti al rigore della norma penale, e l'altra ipotesi delle norme che si limiterebbero a circoscrivere tale applicazione, francamente è un problema di natura teorica ed ermeneutica da esercitarsi sul terreno contingente dell'esperienza concreta, che risulta di problematica esperibilità». Sempre in senso critico si veda anche N. ZANON, *Relazione*, L. ZILLETTI, F. OLIVA (a cura di), *Il controllo di costituzionalità delle norme penali di favore. Verso un sindacato di legittimità costituzionale sulle scelte politiche criminali?*, Napoli, 2007, pp. 53-54 afferma che ««Nella sentenza n. 394 del 2006, peraltro, l'oggetto dell'attenzione della Corte sono le norme penali di favore e il sindacato su di esse. La Corte afferma che il sindacato sulle norme penali di favore è un'altra cosa rispetto al sindacato sulle norme penali in generale; e afferma che l'eventuale dichiarazione d'incostituzionalità di queste norme non determina alcuna lesione della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost. Infatti, le norme penali di favore sono norme che stabiliscono, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni. Più precisamente, dice la Corte, sono solo quelle norme che "sottraggono" una certa classe di soggetti o una certa classe di condotte all'ambito di applicazione di un'altra norma penale, maggiormente comprensiva. Più precisamente ancora, si tratta di norme che, attraverso l'applicazione del principio di specialità di cui all'art. 15 cod. pen., sottraggono dall'ambito applicativo di norme più ampie, compresenti nell'ordinamento, talune fattispecie, allo scopo e con l'effetto di riservare loro un trattamento sanzionatorio più mite di quello altrimenti stabilito dalle norme più ampie. Sarebbero perciò norme diverse da quelle che invece "delimitano" l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione di una fattispecie di reato. Io non sono un penalista e non saprei dire se questa distinzione è soddisfacente. Mi chiedo anche se non vi siano ipotesi che forse è difficile incasellare con nettezza nelle due categorie. È comunque importante che la Corte faccia questa distinzione perché questo contribuisce a delimitare anche la forza del "precedente" che con questa decisione viene creato».

Si distinguono, quindi, dalle c.d. norme più favorevoli, che hanno una applicazione generalizzata e che abrogano le norme precedenti meno favorevoli al reo.

In particolare, i giudici della Consulta hanno evidenziato che la rilevanza della questione non è riferita alla circostanza che l'eventuale pronuncia possa produrre o meno effetti nel giudizio in corso, ma la questione deve essere ritenuta rilevante per il sol fatto che la disposizione impugnata risulti applicabile nel giudizio *a quo*<sup>6</sup>.

La Corte costituzionale, infatti, ha sottolineato che ritenere inammissibile il sindacato di costituzionalità *in malam partem* sulle norme penali, significherebbe creare delle «zone franche» dell'ordinamento «entro le quali il legislatore potrebbe di fatto operare svincolato da ogni regola, stante l'assenza d'uno strumento che permetta alla Corte di riaffermare il primato della Costituzione sulla legislazione ordinaria»<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Ibidem. Sul punto A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, p. 188 ss. affermano che occorre distinguere tra un difetto assoluto e un difetto relativo di rilevanza. In particolare, «si ha il primo quando manca del tutto l'incidentalità (giudizio astratto) o quando la q.l.c. non è più attuale (perché la norma di legge costituzionalmente dubbia è già stata applicata nel processo a quo); si ha il secondo quando – pur sussistendo l'incidentalità e l'attualità della q.l.c. – tuttavia, nel caso concreto, la decisione della Corte non è in grado di incidere sul giudizio principale».

<sup>7</sup> Corte cost, sent. n. 396, 8-23 novembre 2006, in *Gazz. Uff.*, n. 47, 29 novembre 2006. Sul punto, in particolare, si legga quanto scrive A. LOLLO, *Norme*, cit., pp. 6-7: ««[...] certamente si può manifestare una certa approvazione per l'effetto finale prodotto dalla soluzione adottata dalla Corte, essendosi scongiurato il deprecabile effetto di restringere l'area di sindacabilità da parte della giustizia costituzionale, anche se al termine di tale operazione ermeneutica risulta sicuramente ampliata la nozione classica della rilevanza, di cui all'art. 23, della legge n. 87 del 1953; tutto ciò, tuttavia, incidendo negativamente sul principio di irretroattività della legge penale, considerato che, come del resto affermatosi nella sentenza n. 148 del 1983, degli effetti retroattivi *in malam partem*, seppure limitati alla formula di proscioglimento, ovvero alla *ratio decidendi* della sentenza, si producono nel giudizio a quo. Inoltre, va considerata l'importanza che proprio *la ratio decidendi* della sentenza di proscioglimento alla luce di eventuali impugnazioni nei gradi successivi del giudizio, fondandosi principalmente su di essa i motivi d'impugnazioni. Tuttavia, la soluzione della Corte ci sembra doverosa, considerato che altrimenti una intera categoria di norme sarebbe sfuggita al controllo di legittimità costituzionale, pregiudicando la supremazia della Carta costituzionale rispetto alle fonti ad essa subordinate». In senso critico in tema si veda F. GIUNTA, *Relazione*, L. ZILLETTI, F. OLIVA (a cura di), *Il controllo di costituzionalità delle norme penali di favore. Verso un sindacato di legittimità costituzionale sulle scelte politiche criminali?*, Napoli, 2007, pp. 24-25 in cui l'AUTORE afferma «Negli altri casi l'accertamento della sproporzione per difetto passa attraverso valutazioni di merito e apprezzamenti politico-criminali, del tutto simili a quelli coperti dal

Tra l'altro, l'effetto *in malam partem* che discende dalla dichiarazione di incostituzionalità delle norme di favore non è conseguenza della creazione di una disposizione penale da parte della Corte costituzionale, ma è un effetto fisiologico, in virtù della nuova espansione della norma generale vigente in contemporanea a quella di favore prima che quest'ultima venisse dichiarata incostituzionale.

Non è escluso, inoltre, che il giudizio della Corte costituzionale si concluda con una sentenza interpretativa di rigetto.

È possibile, quindi, dichiarare l'incostituzionalità di una norma penale di favore – quando, ad esempio, risulta essere irragionevole – che provocherà la conseguente espansione della norma generale, fatto salvo, come meglio si vedrà in seguito, il rispetto del principio di irretroattività della legge penale.

Non è possibile, tuttavia, che la Corte costituzionale emetta in materia una sentenza additiva, perché altrimenti invaderebbe la sfera di competenze riservata al legislatore e ciò risulterebbe in contrasto con il principio della riserva di legge in materia penale<sup>8</sup>.

Sul punto, si noti che, ai sensi dell'art. 28, l. n. 87/1957, «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge

---

principio della riserva di legge, posto che il parametro della ragionevolezza viene a rilevare come autonomo criterio di razionalità intrinseca della normativa. Nella recente pronuncia n. 394 del 2006 la Corte si impegna inevitabilmente, ancorché in modo implicito, in valutazioni di critica legislativa, che – come si è detto – sono condivisibili e fondate, ma che attengono al merito politico-criminale e, come tali, presentano la stessa natura delle valutazioni che compie il legislatore quando pone le medesime norme o le fattispecie generali entro le quali si inscrivono le discipline derogatorie *in bonam partem*. In breve: attraverso il controllo sulle norme di favore improntato al parametro della ragionevolezza-razionalità, piuttosto che su quello della ragionevolezza-uguaglianza, la critica di merito si trasforma in censura di legittimità, senza che la scelta politico-criminale di natura ablativa venga compiuta da un organo direttamente rappresentativo del corpo sociale e, naturalmente, senza rimedi nei confronti del responso di illegittimità. Da questa angolazione risulta difficilmente spiegabile, per riprendere il pensiero della Corte, che il giudice delle leggi, mentre non sarebbe autorizzato a censurare l'abrogazione di una fattispecie generale (per esempio, il delitto di furto), in quanto tale scelta del parlamento è coperta dalla garanzia della riserva di legge, potrebbe dichiarare illegittima per difetto di intrinseca razionalità politico-criminale la depenalizzazione del furto d'uso o del furto nei grandi magazzini: opzione, quest'ultima, peraltro plausibile se si considera che detti furti rientrano nel rischio per lo più assoggettato, o comunque assoggettabile, a copertura assicurativa». In tema si veda pure E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005.

<sup>8</sup> In tema A. LOLLO, *Sindacato*, cit., p. 127 ss.; A. BONOMI, op. cit., p. 150 ss.; C. COLAPIETRO, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, 1990.

esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

Per il medesimo motivo, la Corte costituzionale esclude il sindacato di costituzionalità *in malam partem* sulle norme più favorevoli, perché l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità non potrebbe provocare l'effetto di far rivivere la norma penale abrogata.

La Corte costituzionale, tuttavia, ha ammesso tale sindacato sulle norme penali più favorevoli in una ipotesi: quando la norma più favorevole risulta essere introdotta nell'ordinamento ad opera di una fonte di produzione del diritto viziata a livello procedurale o non ammessa a disciplinare il diritto penale<sup>9</sup>.

Si pensi, ad esempio, a una norma penale più favorevole introdotta in sede di conversione di un decreto legge con emendamenti eterogenei rispetto al contenuto del decreto.

Oppure, ad una norma penale più favorevole introdotta con un decreto legislativo viziato da eccesso di delega.

In tale ipotesi, a giudizio della Corte costituzionale, la norma più favorevole può essere dichiarata incostituzionale e può rivivere la norma meno favorevole abrogata – salvo il rispetto del principio di irretroattività come meglio si dirà a breve - in quanto ciò non risulterebbe in contrasto con il principio della riserva di legge in materia penale, ma addirittura ne garantirebbe il suo rispetto<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Corte cost, sent. n. 5, 15-23 gennaio 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 5, 29 gennaio 2014; Corte cost, sent. n. 32, 12-25 febbraio 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 11, 5 marzo 2014; Corte cost, sent. n. 46, 10-13 marzo 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 13, 19 marzo 2014.

<sup>10</sup> Sul punto, in particolare, si veda quanto affermato in Corte cost, sent. n. 5/2014, in cui si legge «È ammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2268, comma 1, n. 297), del d. lgs. 15 marzo 2010, n. 66, e 1 del d. lgs. 13 dicembre 2010, n. 213, impugnati, in riferimento agli artt. 25, secondo comma, e 76 Cost., nella parte in cui - rispettivamente, abrogando il d. lgs. n. 43 del 1948 e modificando il d. lgs. n. 179 del 2009 con l'espunzione del d. lgs. n. 43 del 1948 dalle norme anteriori al 1° gennaio 1970 mantenute in vigore - abrogano il divieto penalmente sanzionato delle associazioni di carattere militare che perseguono, anche indirettamente, scopi politici. In tal caso, infatti, non si rinviene l'ostacolo di un'eventuale pronuncia in *malam partem*, in quanto la reviviscenza dell'abrogata disposizione incriminatrice sarebbe il risultato della rimozione della disposizione abrogatrice. Invero, la verifica sull'esercizio da parte del Governo della funzione legislativa delegata - strumentale all'emanazione dei menzionati decreti legislativi - risulta necessaria a garantire il principio della riserva di legge in materia penale, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., e non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di accoglimento potrebbe produrre nel giudizio principale».



La dichiarazione di incostituzionalità della norma più favorevole, infatti, eliminerebbe una fonte di produzione del diritto che non risultava essere abilitata ad intervenire in materia penale.

Tale orientamento, pur risultando poco “ortodosso”, in quanto sembrerebbe ammettere degli spazi di politica legislativa operati direttamente dalla Corte costituzionale, risulta essere comunque condivisibile.

La Corte, infatti, in tali occasioni non ha molte scelte: o agisce dichiarando l’incostituzionalità della norma e ripristina la precedente effettiva volontà del legislatore e il corretto rispetto dei principi in tema di fonti del diritto; oppure, esclude il proprio sindacato, lasciando operare in modo del tutto incontrollato una fonte del diritto non abilitata a intervenire in materia penale.

Tra i due mali, probabilmente, appare maggiormente conforme al principio di legalità penale la prima soluzione.

Appare, invece, meno condivisibile la soluzione adottata dalla Corte costituzionale in presenza di un inadempimento sopravvenuto del diritto dell’Unione europea, così come si è meglio visto in precedenza<sup>11</sup>.

In precedenza, infatti, si è detto che in caso di contrasto tra una norma penale più favorevole e una norma del diritto dell’UE che imporrebbe un trattamento sanzionatorio meno favorevole al reo, il giudice non potrà disapplicare la norma interna e dare applicazione a quella europea, perché altrimenti risulterebbe violato il principio di legalità<sup>12</sup>.

Il legislatore, al più, potrà essere sottoposto ad una procedura di infrazione *ex artt.* 258 ss. TFUE<sup>13</sup>.

Si è visto, tuttavia, che la Corte costituzionale ha ammesso il proprio sindacato di costituzionalità nel caso di inadempimento sopravvenuto del diritto dell’Unione europea.

Nel caso, quindi, in cui è presente *ab origine* una norma nazionale conforme al diritto dell’UE che viene successivamente abrogata creando un inadempimento sopravvenuto.

---

<sup>11</sup> Corte cost, sent. n. 28, 7-27 luglio 2010, in *Gazz. Uff.*, n. 30, 28 luglio 2010 e, per certi aspetti, anche Corte cost, sent. n. 32, 12-25 febbraio 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 11, 5 marzo 2014. Sul punto cfr. Cap. V, § 5.

<sup>12</sup> In particolare, cfr. cap. V, § 5.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

In tale caso, la Corte ha ritenuto di potere dichiarare incostituzionale la norma sopravvenuta in contrasto e ripristinare la vigenza della norma abrogata.

La soluzione, come si è detto in precedenza, non appare condivisibile, perché occorre tenere distinto il piano della responsabilità internazionale dello Stato dalla volontà espressa dal legislatore interno.

È vero, infatti, che l'inadempimento sopravvenuto del diritto dell'Unione europea che provoca un trattamento più favorevole al reo rispetto a quello previsto se lo Stato avesse adempiuto agli obblighi europei potrebbe provocare l'attivazione della procedura di infrazione, ma è altrettanto vero che la Corte costituzionale non può porre rimedio a tale inadempimento sostituendosi al legislatore.

Il principio di legalità penale, infatti, impone che sia soltanto il legislatore nazionale ad intervenire in materia penale, stante l'assenza di una potestà diretta di intervento in tale materia da parte dell'Unione europea.

La Corte costituzionale, invece, sembra avere esercitato discrezionalmente dei poteri di politica criminale che non le spettavano.

### **1.1. Gli effetti intertemporali delle sentenze della Corte costituzionale *in malam partem***

Il sindacato di costituzionalità sulle norme penali *in malam partem*, oltre che con il rispetto del principio della riserva di legge, deve essere conciliato anche con il principio di irretroattività della legge penale<sup>14</sup>.

In tutti i casi, quindi, in cui la Corte ammette il proprio sindacato in materia penale con effetti *in malam partem*, la pronuncia di incostituzionalità sulla norma di favore o sulla norma più favorevole non potrà produrre alcuno effetto verso coloro i quali hanno commesso il fatto-reato durante la vigenza di tale disposizione poi dichiarata incostituzionale.

In base al principio di irretroattività, infatti, nessuno può essere punito se non in base a una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

---

<sup>14</sup> In tema, M. D'AMICO, *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei. Relazione introduttiva*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, p. 12 ss.; V. ONIDA, *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, p. 285 ss.

Durante la vigenza della norma penale di favore o della norma penale più favorevole il reo non poteva prevedere che la norma sarebbe stata dichiarata incostituzionale e che avrebbe trovato applicazione la norma generale o sarebbe stato ripristinato il trattamento meno favorevole.

Il reo, tuttavia, nel caso di dichiarazione di incostituzionalità della norma più favorevole vigente al tempo della commissione del fatto non potrà nemmeno andare esente da pena, perché altrimenti riceverebbe un privilegio che non gli spetta, in quanto il fatto continuava ad essere considerato reato al tempo della sua commissione, ancorché con una pena più mite rispetto a quella precedente.

Ragioni di politica criminale e di giustizia sostanziale lo impongono!

Continuerà, tuttavia, a essere punito con il trattamento previsto dalla norma più favorevole dichiarata incostituzionale.

È bene chiarire, tuttavia, che ciò non vale per le norme di favore che garantiscono la non punibilità, come, ad esempio, le immunità. Il soggetto che ha commesso il fatto durante la sua vigenza continuerà ad andare esente da pena come avveniva prima della dichiarazione di incostituzionalità.

Per quanto riguarda, invece, i fatti commessi sotto la vigenza della norma di generale o meno favorevole poi superata da quella successiva dichiarata incostituzionale, il reo non potrà andare esente da pena o godere del trattamento più mite, ma ad egli andrà applicata la norma generale o meno favorevole vigente al tempo della sua commissione.

Il reo che ha commesso il fatto sotto la vigenza della norma precedente, infatti, non potrà godere del principio di retroattività della sopravvenuta norma più favorevole che trova fondamento costituzionale agli artt. 3, 11 e 117 Cost.

Come si è visto in precedenza, il principio di retroattività favorevole trova applicazione soltanto quando superi il test di ragionevolezza costituzionale<sup>15</sup>.

In tale caso, tuttavia, l'applicazione del principio di retroattività favorevole non appare ragionevole.

Il reo, infatti, non può avere fatto affidamento sulla norma penale sopravvenuta, perché questa risulta essere incostituzionale.

La deroga al principio di retroattività favorevole, quindi, si spiega alla luce dell'art. 136 Cost.

---

<sup>15</sup> Cfr. Cap. III, § 3.

In tale modo, inoltre, sarà rispettato il principio di irretroattività della legge penale, che è inderogabile *ex art. 25 Cost.*, in quanto al tempo della commissione del fatto la norma generale o la norma meno favorevole era già entrata in vigore.

## **2. Il sindacato della Corte costituzionale sulle norme penali con effetti *in bonam partem* e il delicato confine con l'esercizio di politica legislativa**

Il sindacato di costituzionalità sulle norme penali con effetti *in bonam partem*, a differenza di quello *in malam partem*, non ha suscitato nella giurisprudenza particolari problemi, perché ritenuto rispettoso della *ratio* garantista che contraddistingue il principio di legalità<sup>16</sup>.

Anche in questo caso, tuttavia, per evitare delle pronunce espressione di politica criminale operata direttamente dalla Corte costituzionale, è esclusa la possibilità di pronunciare una sentenza additiva.

Ciò anche alla luce del sopracitato art. 28, l. n. 87/1953 che, come già visto, vieta alla Corte nell'esercizio del controllo di costituzionalità di effettuare qualsiasi valutazione di natura politica e sull'uso del potere discrezionale attribuito al legislatore

La Corte ha ammesso il proprio sindacato sul punto in svariate occasioni.

Ad esempio, ha ammesso il proprio sindacato in occasione della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 708 c.p., dettato in tema di possesso ingiustificato di valori, ritenuto in violazione del principio di eguaglianza e del principio di offensività<sup>17</sup>.

Oppure in occasione della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 405 c.p., in quanto prevedeva un regime sanzionatorio più grave per il turbamento delle funzioni religiose del culto cattolico rispetto a quello previsto dall'art. 406 c.p. per il turbamento degli altri culti ammessi, e, pertanto, è stato ritenuto in violazione del principio di eguaglianza e del «“principio supremo” di laicità dello Stato, che

---

<sup>16</sup> In tema, fra gli altri, O. SPATARO, *op. cit.*, p. 18 ss.; C. CUPELLI, *Sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 27 marzo, 2019; M. D'AMICO, *Corte*, cit., p. 12 ss.; G. TOSCANO, *Ai confini del sindacato di costituzionalità sulle norme penali in bonam partem*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 59, 1, 2016, p. 304 ss.; M. D'AMICO, *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la divinità*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3487 ss.

<sup>17</sup> Corte cost, sent. n. 370, 17 ottobre-2 novembre 1996, in *Gazz. Uff.*, n. 45, 6 novembre 1996.

richiede l'equidistanza e l'imparzialità dello Stato nei confronti di tutte le religioni»<sup>18</sup>.

In tale occasione, tuttavia, per evitare l'esercizio di politica legislativa, ha ritenuto di applicare a tutte la religione il medesimo trattamento più lieve previsto per i culti diversi dalla religione cattolica<sup>19</sup>.

La Corte ha ammesso il proprio sindacato pure quando si è occupata del principio di proporzionalità della pena oppure nel recente caso *Cappato*<sup>20</sup>, così come si vedrà meglio a breve.

In tali occasioni, tuttavia, a differenza degli altri sopracitati casi, la Corte sembra essere andata oltre le competenze ad essa attribuite, esercitando, pur riferendosi a indici normativi vigenti, una propria e discrezionale politica criminale.

La questione sarà meglio approfondita nei paragrafi che seguiranno.

## **2.1. Gli effetti processuali delle sentenze della Corte costituzionale in *bonam partem***

La dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice con effetti *in bonam partem* non suscita particolari problemi.

---

<sup>18</sup> Corte cost, sent. n. 327, 1°-9 luglio 2002, in *Gazz. Uff.*, n. 28, 17 luglio 2002.

<sup>19</sup> In particolare, la Corte nella sentenza n. 327/2002 afferma: «L'esigenza di una unificazione del trattamento sanzionatorio ai fini di una eguale protezione del sentimento religioso, che è imposta dai principi costituzionali evocati dal giudice remittente, è stata già affermata da questa Corte nella sentenza n. 329 del 1997. Con essa è stata dichiarata “illegittimità costituzionale, per violazione degli articoli 3 e 8 della Costituzione, dell'articolo 404, primo comma, del codice penale (Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di cose), nella parte in cui prevede una pena maggiore di quella stabilita per le medesime condotte riferite a confessioni diverse dalla cattolica dall'articolo 406 dello stesso codice. Si tratta ora di applicare i medesimi principi, già enucleati in quella sentenza, al caso sottoposto all'esame di questa Corte, giacché anche le diverse previsioni concernenti il turbamento di funzioni religiose, se riferite al culto cattolico, devono essere assoggettate al più lieve trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 406 cod. pen. per i culti “ammessi”»

<sup>20</sup> Corte cost, sent. n. 242, 25 settembre-22 novembre 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 48, 27 novembre 2019.

Il reo, infatti, che ha commesso il fatto al tempo della vigenza di una fattispecie penale poi dichiarata incostituzionale, non potrà più essere condannato, così come previsto dall'art. 2, comma 2, del codice penale.

In base alla medesima norma, se vi è stata condanna, cesseranno gli effetti di essa.

Il condannato, infatti, ancorché la sentenza sia già passata in giudicato, potrà attivare innanzi al giudice dell'esecuzione *ex art. 673 c.p.p.* un incidente di esecuzione volto a revocare la sentenza di condanna o il decreto penale e a dichiarare che il fatto non è previsto dalla legge come reato, nonché a dichiarare i provvedimenti conseguenti.

Come si è già visto in precedenza, inoltre, nel caso in cui sia stata dichiarata incostituzionale una norma penale non incriminatrice, ma che incide sul trattamento sanzionatorio – come, ad esempio, una circostanza aggravante – la giurisprudenza ha ritenuto di potere superare il giudicato sulla base dell'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953, in cui è sancito che «Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali»<sup>21</sup>.

L'art. 673 c.p.p., infatti, risulta applicabile soltanto nel caso in cui venga dichiarata incostituzionale una norma incriminatrice.

Per le altre ipotesi, tuttavia, sarebbe stato irragionevole non procedere a una modifica del trattamento sanzionatorio.

In questo caso, quindi, la giurisprudenza ha fatto diretta applicazione dell'art. 30, comma 4, l. n. 87/1957, al fine di incidere sul trattamento sanzionatorio *in bonam partem*, norma applicabile, secondo un recentissimo intervento della Corte costituzionale, anche alle sanzioni amministrative da ritenere sostanzialmente penali in base ai criteri *Engel*<sup>22</sup>.

In tema di superamento del giudicato si rimanda a quanto già ampiamente esposto nel corso della trattazione<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. Cap. III, § 3.

<sup>22</sup> Corte cost, sent. n. 68, 28 gennaio-16 aprile 2021, in *Gazz. Uff.*, n. 16, 21 aprile 2021. Sul punto cfr. Cap. III, § 3 e Cap. IV, § 4.

<sup>23</sup> In particolare, cfr. Cap. III, § 3.

### 3. Politica legislativa e sindacato di costituzionalità *in bonam partem*: dalla proporzionalità delle pene al caso *Cappato*

L'esercizio del sindacato di costituzionalità sulle norme penali in *bonam partem* non può porre il problema del rispetto della riserva di legge e degli altri corollari del principio della legalità penale, perché, comportando degli effetti favorevoli verso il reo, non si pone in contrasto con la *ratio* garantista che caratterizza tale principio.

Può porsi in contrasto, tuttavia, con il già citato divieto della Corte costituzionale di effettuare scelte politiche riservate al legislatore di cui all'art. 28, l. n. 87/1953.

Orbene, sembra che tale pericolo possa essere ravvisato nelle pronunce della Corte costituzionale emesse in tema di proporzionalità della pena<sup>24</sup>.

Nella Costituzione italiana, in particolare, è assente un espresso principio di proporzionalità della pena<sup>25</sup>, ma la Corte costituzionale ha ricavato tale principio da altri principi: dal principio di eguaglianza (art. 3 Cost.); dal principio di riduzione della pena (art. 27, comma 3 Cost.); dal principio della personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost.); dal principio di offensività (art. 25, comma 2, Cost.).

Invero, le prime pronunce della Corte costituzionale sul tema, risalenti agli anni '70, non fanno riferimento espresso alla proporzionalità della pena, ma si

---

<sup>24</sup> Tale pericolo fu ravvisato in occasione delle prime pronunce sul tema, nel 1976, il quale L. MAZZA, *Il principio della proporzionalità fra reato e sanzione in alcune norme del testo unico delle leggi sulla caccia*, in *Giur. merito*, 1976, IV, p. 143 ss. scrive che «il problema della congruità fra gravità del reato e misura della sanzione concerne esclusivamente scelte di politica criminale [...]». In tema, fra i molti, G. NICOLÒ, *Riflessioni sul principio di proporzionalità nella vita della sanzione penale*, in *Consulta online*, 2022, p. 1025 ss.; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021 e bibliografia ivi citata; R. CABAZZI, *Sulle "rime obbligate" in materia penale. Note a margine della sentenza Corte cost. n. 40/2019*, in *Federalismi*, 6, 2020, p. 42 ss.; G. DODARO, *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, p. 1043 ss.; E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, p. 4773 ss.; S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. AIC*, 4, 2017; S. CORBETTA, *La cornice edittole della pena e il sindacato di legittimità costituzionale* in *Riv. it. dir. e proc.*, 1997, p. 134 ss.

<sup>25</sup> L'assenza di tale principio in modo espresso era stata criticata ancor prima che la Corte costituzionale ricavasse il principio di proporzionalità da altri principi da A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura della pena e il controllo di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, p. 192 ss.

limitano ad affermare che il trattamento sanzionatorio, affinché possa considerato costituzionalmente legittimo, deve essere congruo al disvalore penale del fatto alla luce del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione<sup>26</sup>.

In tali pronunce, la Corte costituzionale non individua direttamente la sanzione congrua da applicare, ma rimette al legislatore l'individuazione del trattamento sanzionatorio<sup>27</sup>.

Ciononostante, la dottrina più acuta evidenziava già dalle prime pronunce in tema una intromissione nelle scelte riservate al legislatore, espressione di politica criminale, da parte della Corte costituzionale<sup>28</sup>.

Soltanto a partire dagli anni '80 la Corte costituzionale fa riferimento espresso al principio di proporzionalità della pena, basandosi, in prevalenza, sul principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione<sup>29</sup>.

Nell'argomentare, tuttavia, la Corte afferma che «In via di principio, invero, l'“individualizzazione” della pena, in modo da tenere conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale. Lo stesso principio di “legalità delle pene”, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., dà forma ad un sistema che trae contenuti ed orientamenti da altri principi sostanziali - come quelli indicati dall'art. 27, primo e terzo comma, Cost. - ed in cui “l'attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità” [...]. Di qui il ruolo centrale, che nei sistemi penali moderni è proprio della discrezionalità giudiziale, nell'ambito e secondo i criteri segnati dalla legge (artt. 132 e 133 cod. pen. [...])»<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Corte cost, sent. n. 218, 27 giugno-9 luglio 1974, in *Gazz. Uff.*, n. 187, 17 luglio 1974; Corte cost, sent. n. 26, 12-19 febbraio 1976, in *Gazz. Uff.*, n. 51, 25 febbraio 1976; Corte cost, sent. n. 176, 12-14 luglio 1976, in *Gazz. Uff.*, n. 191, 21 luglio 1976.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> L. MAZZA, *op. cit.*, p. 143 ss.

<sup>29</sup> Corte cost, sent. n. 50, 2-14 aprile 1980, in *Gazz. Uff.*, n. 112, 23 aprile 1980; Corte cost, sent. n. 103, 20-27 maggio 1982, in *Gazz. Uff.*, n. 150, 2 giugno 1982; Corte cost, sent. n. 49, 9- 16 febbraio 1989, in *Gazz. Uff.*, n. 8, 22 febbraio 1989. In particolare, nella sentenza n. 50/1980 si afferma che «L'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, “proporzione” della pena rispetto alle “personali” responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale».

<sup>30</sup> Corte cost, sent. n. 50, 2- 14 aprile 1980, in *Gazz. Uff.*, n. 112, 23 aprile 1980.



La suddetta pronuncia, quindi, come sottolineato da autorevole dottrina, è importante perché afferma che il principio di proporzionalità è la naturale attuazione e sviluppo di altri principi costituzionali, come l'art. 3, 25, comma 2 e 27, commi 1 e 3, Cost<sup>31</sup>.

Sulla base di tali argomentazioni, la Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 409/1989, riesce ad individuare direttamente il trattamento sanzionatorio da applicare<sup>32</sup>.

In particolare, la Corte costituzionale – prescindendo dal successivo intervento del legislatore – individua la pena da applicare per il fatto-reato con pena sproporzionata oggetto del sindacato nella sanzione più favorevole già prevista per fattispecie criminose simili assunte nel giudizio come *tertium comparationis*.

La Consulta, quindi, a partire da tale sentenza, non solo esprime un giudizio in ordine alla congruità della pena, ma va oltre, individuando direttamente la pena proporzionata da applicare.

A partire dagli anni '90, la Corte inizia a fondare le proprie pronunce in tema di proporzionalità della pena, oltre che sull'art. 3 Cost., anche sul principio di rieducazione della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost. e, successivamente, anche sul principio di personalità della responsabilità penale, di cui all'art. 27, comma 1, Cost., nonché sul principio di offensività ex art. 25, comma 2, Cost<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Così F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 58, il quale, in particolare, afferma che «[...] i passi [...] [della sentenza] contengono una serie di affermazioni di grande rilevanza per la teoria della proporzionalità della pena. Anzitutto, l'utilizzo esclusivo quale parametro formale di legittimità costituzionale delle scelte edittali del legislatore viene qui arricchito dal richiamo, nell'ordito motivazionale, ai parametri sostanziali attinenti alla materia penale: il principio di legalità ex art. 25, secondo comma, Cost. da un lato; e i principi di personalità e di finalismo rieducativo della pena, di cui all'art. 27, primo e terzo comma, Cost. Alla luce di tali criteri, il "principio di eguaglianza di fronte alla pena" viene riletto quale esigenza di "proporzione rispetto alle 'personali responsabilità' e alle esigenze di risposta che ne derivano": e cioè come principio di proporzionalità tra gravità anche soggettiva del fatto commesso, ed entità della risposta sanzionatoria».

<sup>32</sup> Corte cost, sent. n. 409, 6- 18 luglio 1989, in *Gazz. Uff.*, n. 29, 26 luglio 1989.

<sup>33</sup> Corte cost, sent. n. 343, 20-28 luglio 1993, in *Gazz. Uff.*, n. 32, 4 agosto 1993; Corte cost., sent. n. 168, 27-28 aprile 1994, in *Gazz. Uff.*, n. 19, 4 maggio 1994; Corte cost, sent. n. 341, 19-5 luglio 1994, in *Gazz. Uff.*, n. 32, 3 agosto 1994; Corte cost., sent. n. 251, 5-15 novembre 2012, in *Gazz. Uff.*, n. 46, 21 novembre 2012; Corte cost., sent. n. 105, 14-18 aprile 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 18, 23 aprile 2014; Corte cost., sent. n. 106, 14-18 aprile 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 18, 23 aprile 2014; Corte cost., sent. n. 74, 24 febbraio-7 aprile 2016, in *Gazz. Uff.*, n. 15, 13 aprile 2016; Corte cost,

Così facendo, la Consulta riesce a individuare direttamente il trattamento sanzionatorio prescindendo dalla presenza di una disposizione assunta a *tertium comparationis*, se pur il criterio continui ad essere adoperato in alcune pronunce<sup>34</sup>.

In particolare, la Corte in tale gruppo di pronunce, dopo avere individuato l'irragionevolezza intrinseca del trattamento sanzionatorio previsto per alcune fattispecie, ritiene che non sia necessario un *tertium comparationis* per individuare a rime obbligate la pena, ma è sufficiente che siano rinvenibili nel sistema soluzioni – ancorché non costituiscano la sola soluzione costituzionalmente ammessa - già esistenti volte ad eliminare la sproporzione.

Ad esempio, nella sentenza n. 341/1994, dichiarando incostituzionale la pena minima di sei mesi di reclusione prevista all'epoca per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale, ha provocato la nuova espansione del minimo edittale di quindici giorni per la pena della reclusione prevista dall'art. 23 del codice penale.

Nella sentenza n. 236/2016, invece, dopo avere dichiarato non proporzionato il trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 567, comma 2, c.p., ossia del delitto di alterazione di stato civile di un neonato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità, individua la pena da applicare in quella sancita nel medesimo articolo al comma 1, in cui si punisce l'alterazione di stato mediante sostituzione del neonato<sup>35</sup>.

Espressione più emblematica al riguardo, tuttavia, è la sentenza n. 40/2019, in cui la Corte costituzionale - occupandosi dello iato sanzionatorio sussistente tra il massimo edittale di quattro anni del reato di traffico di sostanze stupefacenti di "lieve entità" di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309/1990 e il minimo edittale di otto anni previsto per i fatti non lievi di cui all'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309/1990 - ha fatto riferimento a diversi indici normativi di sistema per ricostruire la volontà del legislatore e individuare la pena applicabile<sup>36</sup>.

---

sent. n. 236, 21 settembre-10 novembre 2016, in *Gazz. Uff.*, n. 46, 16 novembre 2016; Corte cost., sent. n. 205, 21 giugno-17 luglio 2017, in *Gazz. Uff.*, n. 29, 19 luglio 2017; Corte cost, sent. n. 40, 23 gennaio-8 marzo 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 11, 13 marzo 2019; Corte cost., sent. n. 222, 25 settembre-5 dicembre 2018, in *Gazz. Uff.*, n. 49, 12 dicembre 2018, Corte cost., sent. n. 73, 7-24 aprile 2020, in *Gazz. Uff.*, n. 18, 29 aprile 2020; Corte cost., sent. n. 55, 25 febbraio-31 marzo 2021, in *Gazz. Uff.*, n. 14, 7 aprile 2021; Corte cost., sent. n. 143, 26 maggio-8 luglio 2021, in *Gazz. Uff.*, n. 28, 14 luglio 2021.

<sup>34</sup> Corte cost, sent. n. 68, 19-23 marzo 2012, in *Gazz. Uff.*, n. 13, 28 marzo 2012.

<sup>35</sup> Corte cost, sent. n. 236, 21 settembre-10 novembre 2016, in *Gazz. Uff.*, n. 46, 16 novembre 2016.

<sup>36</sup> Corte cost, sent. n. 40, 23 gennaio-8 marzo 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 11, 13 marzo 2019.

Per ben comprendere appare opportuno riportare un passo della sentenza.

In particolare, la Corte costituzionale afferma: «[...] non può essere ulteriormente differito l'intervento di questa Corte, chiamata a porre rimedio alla violazione dei principi costituzionali evocati, con conseguente accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990 nei termini in cui sono prospettate dal giudice rimettente [...] La misura della pena individuata dal rimettente, benché non costituzionalmente obbligata, non è tuttavia arbitraria: essa si ricava da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento, specificamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore. Il giudice rimettente, infatti, trae l'indicazione della misura della pena minima per i fatti non lievi anzitutto dalla previsione introdotta con l'art. 4-bis del d.l. n. 272 del 2005 per i medesimi fatti, che ancora conserva viva traccia applicativa nell'ordinamento in considerazione degli effetti non retroattivi della sentenza n. 32 del 2014. Inoltre, sei anni è altresì la pena massima [...] prevista dal vigente comma 4 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 per i fatti di non lieve entità aventi ad oggetto le sostanze di cui alle tabelle II e IV previste dal richiamato art. 14 del d.P.R. n. 309 del 1990. Sempre in sei anni il legislatore aveva altresì individuato la pena massima per i fatti di lieve entità concernenti le droghe "pesanti", vigente il testo originario del d.P.R. n. 309 del 1990, misura mantenuta come limite massimo della pena per i fatti lievi anche dal successivo d.l. n. 272 del 2005 che pure ha eliminato dal comma 5 la distinzione tra droghe "pesanti" e droghe "leggere". In una parola, la pena di sei anni è stata ripetutamente indicata dal legislatore come misura adeguata ai fatti "di confine", che nell'articolato e complesso sistema punitivo dei reati connessi al traffico di stupefacenti si pongono al margine inferiore delle categorie di reati più gravi o a quello superiore della categoria dei reati meno gravi. In tale contesto, è appropriata la richiesta di ridurre a sei anni di reclusione la pena minima per i fatti di non lieve entità di cui al comma 1 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990, al fine di porre rimedio ai vizi di illegittimità costituzionale denunciati. [...] È appena il caso di osservare che la misura sanzionatoria indicata, non costituendo una opzione costituzionalmente obbligata, resta soggetta a un diverso apprezzamento da parte del legislatore sempre nel rispetto del principio di proporzionalità»<sup>37</sup>.

In tale filone che prescinde dal *tertium comparationis*, si inseriscono pure le sentenze emesse in relazione alle pene fisse.

---

<sup>37</sup> Ibidem.

La previsione di pene fisse, infatti, è considerata dalla Corte costituzionale non conforme ai dettami di cui agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. perché non possono essere adeguate al concreto disvalore del fatto.

La Corte costituzionale, quindi, nella sentenza n. 222/2018 ha dichiarato l'incostituzionalità «dell'art. 216, ultimo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa), nella parte in cui dispone: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa *per la durata* di dieci anni [corsivo dell'Autore] l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa», anziché: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa *fino* a dieci anni [corsivo dell'Autore]»<sup>38</sup>.

Per la determinazione della pena accessoria prevista dal sopracitato art. 216, ultimo comma, l. fall, dunque, così come chiarito all'indomani della sentenza della Consulta dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione, si applicano i normali criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p.<sup>39</sup>.

In altri termini, il giudice applicando l'art. 133 c.p., potrà individuare una pena che non superi gli anni dieci e non sarà più costretto ad applicare in ogni caso una pena pari ad anni dieci.

Sempre in tema di pene accessorie, la Corte costituzionale si espressa nel 2020, dichiarando l'illegittimità costituzionale della pena accessoria prevista all'art. 574-*bis* c.p. che disponeva l'automatica sospensione della responsabilità genitoriale nei confronti del genitore che avesse commesso il reato di sottrazione del minore all'estero. La Corte, infatti, ha ritenuto che l'automatismo sanzionatorio incide in modo rilevante nei rapporti genitore-figlio, ma non sempre tale pena risulta essere conforme all'interesse del minore<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Corte cost., sent. n. 222, 25 settembre-5 dicembre 2018, in *Gazz. Uff.*, n. 49, 12 dicembre 2018.

<sup>39</sup> Cass. pen, Sez. Un., n. 28910, 28 febbraio-3 luglio 2019.

<sup>40</sup> Corte cost., sent. n. 102, 6-29 maggio 2020, in *Gazz. Uff.*, n. 23, 3 giugno 2020. In tema, per maggiori approfondimenti, G. LANEVE, *Pene accessorie che incidono sulla responsabilità genitoriale: dalla "cecità" dell'automatismo legislativo alla relazione genitore-figlio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2020, p. 1 ss.

Ulteriore ipotesi di sindacato *in bonam partem* che sembra superare i confini della politica legislativa è quella relativa al già citato caso *Cappato*<sup>41</sup>.

La Corte costituzionale, infatti, in tale occasione è stata chiamata ad esprimersi in ordine alla legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. che punisce nell'ordinamento italiano l'aiuto al suicidio, anche quando tale aiuto è posto in essere per porre fine a sofferenze fisiche e psichiche intollerabili di una persona affetta da una patologia irreversibile e tenuta in vita con trattamenti di sostegno vitale, quando quest'ultima abbia espresso in modo libero e consapevole la volontà di volere porre fine alla propria vita.

Orbene, la Corte costituzionale, ha ritenuto la norma incostituzionale per violazione degli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»<sup>42</sup>.

Si tratta, quindi, come rilevato da autorevole dottrina costituzionalistica, di una sentenza interpretativa additiva (sic! si tratta di una sentenza additiva!) volta a colmare un vuoto lasciato dal legislatore, nonostante l'invito della Corte ad intervenire nella ord. n. 207/2018<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Corte cost, sent. n. 242, 25 settembre-22 novembre 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 48, 27 novembre 2019.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Così P. CARETTI, *La Corte costituzionale chiude il caso Cappato ma sottolinea ancora una volta l'esigenza di un intervento legislativo in materia di "fine vita"*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2020, p. 188 ss. e, in particolare, si veda p. 190 in cui afferma: «Come non era difficile immaginare, data l'estrema delicatezza della materia e i contrasti che essa ha da sempre suscitato legati a ragioni di natura etica e religiosa, nell'inerzia del legislatore, la Corte è di nuovo intervenuta e, questa volta con una sentenza interpretativa additiva [...] La Corte ha dovuto dunque farsi direttamente carico di fissare una serie di "regole" atte ad evitare i rischi che una

In altri termini, quindi, si è trattato di un intervento “obbligato” della Corte costituzionale di fronte ad un legislatore “sordo o che non vuol sentire”<sup>44</sup>.

Ciò non toglie, tuttavia, che la sentenza emessa dalla Corte sembra delimitare l’area del penalmente illecito, risultando espressione di scelte politiche di stretta competenza del legislatore in base al principio della riserva di legge.

### **3.1. Le “pene naturali”. Brevi prime note intorno all’ordinanza 20 febbraio 2023 del Tribunale di Firenze**

Con una recentissima ordinanza del Tribunale di Firenze è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 529 c.p.p. «nella parte in cui, nei procedimenti relativi ai reati colposi, non prevede la possibilità per il giudice di emettere sentenza di non doversi procedere allorché l’agente, in relazione alla morte di un prossimo congiunto cagionata con la propria condotta, abbia già patito una sofferenza proporzionata alla gravità del reato commesso»<sup>45</sup>.

Il caso oggetto d’esame dal giudice di Firenze riguarda la condotta di uno zio, a sua volta anche datore di lavoro, che, non avendo adottato le misure di

---

semplice declaratoria di incostituzionalità avrebbe potuto comportare (abusi da parte di terzi, assenza di controlli adeguati sulle condizioni del paziente, in una parola mancata tutela effettiva di chi si trova in condizioni di particolare vulnerabilità come i malati terminali). La Corte fa dunque ciò che con l’ordinanza n. 218/2017 aveva ritenuto fosse compito del legislatore sottolineando come “i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischiano di risolversi a loro volta, come nel caso di specie, in una menomata protezione dei diritti fondamentali (suscettibile anch’essa di protrarsi nel tempo nel perdurare dell’inerzia legislativa)». Sulle considerazioni sorte intorno al tema in seguito a Corte cost., ord. n. 207, 24 ottobre-16 novembre 2018, in *Gazz. Uff.*, n. 46, 21 novembre 2018 si veda F. S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019. Nella letteratura in tema, fra gli altri, si vedano anche P. BERNARDONI, *Ancora sul caso Cappato: qualche considerazione sulla “non punibilità” dell’aiuto al suicidio introdotta dalla Corte costituzionale*, in *Sist. penale*, 26 febbraio 2020; C. CUPELLI, *Il caso (Cappato) è chiuso, ma la questione (agevolazione al suicidio) resta aperta*, in *Sist. penale*, 6 febbraio 2020; M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sist. penale*, 10 febbraio 2019.

<sup>44</sup> L’espressione è ripresa dall’intervento tenuto in occasione del seminario su “*Democrazia digitale. La partecipazione popolare nell’era dello SPID*” tenutosi presso l’Università degli Studi Catania, Dipartimento di Giurisprudenza, il 3 novembre 2021, dal titolo “*Non c’è peggior sordo di chi non vuol sentire! Dal caso Cappato al referendum sulla eutanasia attiva: una spinta digitale alla democrazia?*”.

<sup>45</sup> Trib. di Firenze, ord. 20 febbraio 2019. Per un primo commento all’ordinanza si veda M. ZINCANI, *Pene naturali e derogabilità dei minimi edittali*, in *Giur. pen. web*, 3, 14 marzo 2023.

sicurezze richieste dalla legge sui luoghi di lavoro, ha causato colposamente la morte del nipote che stava lì svolgendo la propria attività professionale come dipendente.

Orbene, la citata ordinanza richiama il concetto di “pene naturali”, in base alle quali, quando l’autore della condotta colposa abbia già subito una pena proporzionata alla gravità del reato, dovrebbe andare esente da qualsiasi altra condanna.

Il problema, dunque, si verifica quando l’autore del fatto colposo risulta essere “carnefice” e allo stesso tempo “vittima” del reato, in quanto ha causato la morte “preveduta” ma “non voluta” di un proprio congiunto.

Il giudice a quo ritiene che l’assenza della suddetta previsione nel nostro ordinamento si ponga in contrasto con i principi di proporzionalità della pena e di ragionevolezza, nonché con la libertà personale e con il divieto di trattamenti inumani e degradanti, di cui agli artt. 3, 13, 25 e 27 della Costituzione.

Il giudice rimettente richiama a tal proposito anche alcuni ordinamenti stranieri che prevedono l’istituto delle pene naturali<sup>46</sup> e, pur ammettendo che sarebbe più efficace un intervento del legislatore, afferma che, in assenza di tale intervento, appare necessario rimettere la questione alla Corte costituzionale per risolvere la questione almeno con riguardo ai casi più tragici.

La vera ragione sottesa al sollevamento della questione di legittimità costituzionale, tuttavia, sembra diversa da quella di risolvere i casi più tragici.

Sembra, infatti, quella di portare all’attenzione del dibattito politico e giuridico un problema importante ma mai trattato in Italia: ossia quello delle pene ingiuste dal punto di vista morale.

Ciò perché l’intervento richiesto alla Corte costituzionale sembra oltrepassare i limiti di competenza della Corte e tale pericolo è implicitamente evidenziato dallo stesso giudice *a quo* quando rileva, come già detto, che sarebbe più efficace un intervento del legislatore.

Si tratta, infatti, di scelte politiche rimesse al legislatore, il quale è l’unico che può decidere i fatti penalmente rilevanti e le relative pene.

La scelta, infatti, di fare prevalere le esigenze morali evidenziate dal giudice rimettente oppure le esigenze di un’efficace repressione dei reati non spetta alla Corte, ma al legislatore.

---

<sup>46</sup> In particolare, nelle pp. 6-10 dell’ordinanza, richiama gli ordinamenti dei seguenti Paesi: Germania, Svezia, Finlandia, Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perù.

La Corte costituzionale non può fare scelte di natura politica.

L'introduzione, quindi, delle pene naturali nel nostro ordinamento potrebbe avvenire soltanto con un apposito istituto di diritto positivo frutto della volontà del legislatore e con il quale si attribuisce un potere di discrezionalità espressa al giudice.

#### **4. Politica legislativa e attività tassativizzante della Corte costituzionale**

Del principio di tipicità si è già detto<sup>47</sup>.

Occorre, invece, qui soffermarsi sulla giurisprudenza costituzionale in materia, perché sembra che la Corte costituzionale, talvolta, abbia esercitato poteri di politica legislativa pur di evitare la dichiarazione di incostituzionalità di una norma di dubbia tipicità, poco rispettosi del principio di tassatività e del principio di determinatezza.

Orbene, in tema la Corte costituzionale ha assunto diversi atteggiamenti.

Con un primo filone interpretativo, la Consulta, emettendo delle sentenze interpretative di rigetto ed esercitando direttamente un'attività tassativizzante della norma di dubbia tipicità – superando, quindi, i confini dell'esercizio della politica legislativa – ha salvato la norma costituzionale.

In dottrina, a tal proposito, si riporta l'esempio della questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto gli artt. 654 e 655 c.p.p. in materia di grida, manifestazioni e radunate sediziose<sup>48</sup>. La Corte costituzionale, infatti, in tale occasione ha rigettato la questione affermando che: «Ora è evidente che l'oggettiva sediziosità di una condotta va di volta in volta accertata, in relazione a circostanze di tempo, di modo e di luogo, tenendo soprattutto conto del suo specifico contenuto. Il termine "sedizione", che il legislatore non ha inteso definire, ha pur sempre un suo tradizionale e generale significato. Atteggiamento sedizioso penalmente rilevante è soltanto quello che implica ribellione, ostilità, eccitazione al sovvertimento delle pubbliche istituzioni e che risulti in concreto idoneo a produrre un evento pericoloso per l'ordine pubblico»<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Cfr. Cap. III, § 1.

<sup>48</sup> Cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Molfetta, 2018, p. 155.

<sup>49</sup> Così Corte Cost., sent. n. 15, 24 gennaio-14 febbraio 1973, in *Gazz. Uff.*, n. 62, 7 marzo 1973.



Con un secondo filone interpretativo la Corte costituzionale, anziché esprimersi in modo chiaro sul rispetto del principio di tipicità di alcune fattispecie penali, si è limitata ad affermare che, spesso, le norme penali presentano locuzioni generiche e spetta all'interprete individuarne l'esatto significato<sup>50</sup>.

Con un terzo filone interpretativo, la Consulta, al fine di salvare la disposizione penale, ha rinviato al "diritto vivente" oppure ha invitato l'interprete a leggerla nel contesto in cui si inseriva, facendo uso dell'interpretazione sistematica<sup>51</sup>.

Ciò è avvenuto, ad esempio, come si è visto, quando la Corte costituzionale si è espressa in ordine alla legittimità costituzionale dell'art. 434 c.p. in cui è sancito «Chiunque, fuori dei casi preveduti dagli articoli precedenti, commette un fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione o di una parte di essa ovvero un altro disastro, è punito [...]»<sup>52</sup>.

In particolare, ci si chiedeva se fosse conforme al principio di tipicità l'espressione «altro disastro».

La Corte costituzionale in tale occasione ha dichiarato non fondate la questione di legittimità costituzionale ritenendo che il significato dell'espressione «altro disastro» deve essere ricavata in base ai caratteri presenti nei disastri tipici

---

<sup>50</sup> In particolare si veda Corte Cost., sent. n. 188, 27 giugno-8 luglio 1975, in *Gazz. Uff.*, n. 158, 10 giugno 1975 in cui si legge: «Non sono di per sé in contrasto con il principio della legalità dei reati e delle pene, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., le fattispecie criminose c.d. a forma libera, che richiamano, cioè con locuzioni generiche, ma di ovvia comprensione, concetti di comune esperienza o valori etico-sociali oggettivamente accertabili dall'interprete. Com'è stato rilevato in dottrina, la (necessaria) "tassatività" della fattispecie non si risolve né si identifica nella (più o meno completa) "descrittività" della stessa. Limiti ben precisi al potere, rimesso al giudice, di puntualizzare specificamente il contenuto di riferimenti in apparenza indeterminati contenuti nelle fattispecie criminose c.d. a forma libera, derivano dalla stessa correlazione, interna alla norma incriminatrice, tra la condotta vietata e il bene protetto: da rapportarsi, a sua volta, ai principi costituzionali che, garantendo l'esercizio di determinati diritti di libertà, si traducono necessariamente in altrettanti limiti (esterni alla norma, ma sempre interni al sistema) alla individuazione di quel bene e pertanto alla configurabilità dell'illecito consistente nella sua violazione».

<sup>51</sup> Si vedano, in particolare, Corte Cost., sent. n. 5, 18 dicembre 2003-13 gennaio 2004, in *Gazz. Uff.*, n. 3, 21 gennaio 2004; Corte Cost., sent. n. 327, 30 luglio-1° agosto 2008, in *Gazz. Uff.*, n. 33, 6 agosto 2008.

<sup>52</sup> Corte Cost., sent. n. 327, 30 luglio-1° agosto 2008, in *Gazz. Uff.*, n. 33, 6 agosto 2008. Cfr. in tema anche Cap. VII, § 4.

previsti nelle norme che precedono l'art. 434 c.p. e dal contesto in cui la norma si inserisce<sup>53</sup>.

Si deve trattare, quindi, di un disastro di dimensioni straordinarie, immediato, atto ad offendere la pubblica incolumità, ossia una sfera indeterminata di persone<sup>54</sup>.

La Corte, quindi, afferma: «[...] l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisemi, ovvero di clausole generali o concetti elastici, non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta al giudice - avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca - di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato, permettendo, al contempo, al destinatario della norma, di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore percettivo»<sup>55</sup>.

Soltanto con un quarto filone interpretativo, infine, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di norme penali non tassative.

Si pensi, al riguardo, a quanto già visto in tema di "plagio"<sup>56</sup>.

Sul punto, quindi, si può notare come la Corte costituzionale, spesso, pur di salvare la norma, abbia dovuto sostituirsi al legislatore, che spinto probabilmente dall'esigenza di far rientrare nel penalmente illecito più ipotesi pericolose o dannose possibili – come in tema di disastro innominato di cui all'art. 434 c.p. – ha adoperato una tecnica legislativa poco conforme ai principi di tassatività e determinatezza.

In tali casi, di conseguenza, come già detto, la Consulta sembra avere valicato i confini di cui all'art. 28, l. n. 87/1953, accantonando le esigenze espresse dal principio di tipicità.

---

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> Ibidem.

<sup>55</sup> Ibidem.

<sup>56</sup> Corte Cost., sent. n. 96, 9 aprile-8 giugno 1981, in *Gazz. Uff.*, n. 158, 10 giugno 1981. Sul punto cfr. Cap. III, § 1.

## 5. Una luce in fondo al tunnel? Il nuovo corso nella giurisprudenza costituzionale delle ordinanze con rinvio a data fissa relative all'incostituzionalità "prospettata ma non dichiarata"

Le ordinanze di cui qui si discute sono quelle con cui la Corte costituzionale, prospetta l'illegittimità della norma ma, prima di dichiararla, concede al legislatore un termine affinché possa intervenire risolvendo il problema.

Si tratta di una nuova tecnica decisoria che è stata utilizzata dalla Corte costituzionale negli ultimi anni in materia penale, al fine di evitare intromissioni nella sfera di competenza riservata dal legislatore<sup>57</sup>.

Come si è visto, talvolta, il legislatore è intervenuto in materia risolvendo il problema, come è avvenuto in tema di ergastolo ostativo<sup>58</sup>. Altre, invece, non ha provveduto e ciò ha portato ad una pronuncia di incostituzionalità della norma oggetto di sindacato, come è avvenuto nel caso dell'aiuto al suicidio<sup>59</sup> o in tema di diffamazione a mezzo stampa<sup>60</sup>.

Orbene, le considerazioni che qui seguiranno non hanno l'intento di occuparsi delle importanti questioni che ruotano attorno alla nuova tecnica decisoria e su cui la dottrina ha avviato da qualche tempo un vivace dibattito<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Corte cost., ord. n. 122, 10-13 maggio 2022, in *Gazz. Uff.*, n. 20, 18 maggio 2022; Corte cost., ord. n. 97, 15 aprile-11 maggio 2021, in *Gazz. Uff.*, n. 19, 12 maggio 2021 in tema di ergastolo ostativo; Corte cost., ord. n. 132, 9-26 giugno 2020, in *Gazz. Uff.*, n. 27, 1° luglio 2020 per la diffamazione a mezzo stampa; Corte cost., ord. n. 207, 24 ottobre-16 novembre 2018, in *Gazz. Uff.*, n. 46, 21 novembre 2018 in tema di aiuto al suicidio.

<sup>58</sup> Corte cost., ord. n. 227, 8 novembre-10 novembre 2022, in *Gazz. Uff.*, n. 46, 16 novembre 2022.

<sup>59</sup> Corte cost, sent. n. 242, 25 settembre-22 novembre 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 48, 27 novembre 2019.

<sup>60</sup> Corte cost, sent. n. 150, 22 giugno-12 luglio 2021, in *Gazz. Uff.*, n. 28, 14 luglio 2021.

<sup>61</sup> Cfr. V. MARCENÒ, *Una tecnica controversa: l'ordinanza interlocutoria con rinvio a data fissa*, in *Giur. cost.*, 1, 2022, p. 497 ss.; M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2, 2021, p. 1 ss.; R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quad. cost.*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 3, 2020; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 3, 2019, p. 531 ss.; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC*, 2019, 644 ss. In argomento si vedano anche M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Oss. costituzionale AIC*, 2020, p. 135 ss; A. RUGGERI, *Replicato*,

Si è consapevoli che il tema meriterebbe una più ampia trattazione al riguardo, ma ciò risulterebbe ultroneo ai fini del nostro studio.

L'intento, infatti, è quello di fare qualche cenno in ordine a questa nuova tecnica decisoria, perché in essa si intravede un interessante strumento attraverso il quale la Consulta non si troverà più costretta ad esercitare poteri di politica legislativa di prerogativa del legislatore.

Per quanto riguarda le maggiori questioni sollevate al riguardo dalla dottrina, è sufficiente qui evidenziare che queste sono riconducibili a due: la possibilità di adoperare la nuova tecnica decisoria in via generalizzata anche in futuro al di là dei casi specifici in cui è stata adoperata; i problemi che potrebbero scaturire in ordine ai rapporti tra la Corte costituzionale e il Parlamento<sup>62</sup>.

Con riferimento alla prima questione, si è detto che l'uso generalizzato della nuova tecnica decisoria sembra essere stato sostenuto anche dal *ex* Presidente della Corte costituzionale G. LATTANZI, il quale, nella *Relazione del 21 marzo 2017* ha affermato espressamente che «A questo dilemma si è cercato ora di dare risposta con una nuova tecnica decisoria [corsivo dell'Autore] adottata dall'ordinanza n. 207 del 2018, l'ordinanza Cappato, che qualificherei di "incostituzionalità prospettata"»<sup>63</sup>.

Ciò sembra emergere anche dall'ordinanza 207/2018 in tema di aiuto al suicidio cui la Corte ritiene che la nuova tecnica decisoria rientra nell'ambito di gestione del processo costituzionale<sup>64</sup>.

---

*seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020), in Consulta online, 2020, 406 ss.; M. D'AMICO, Giustizia costituzionale e tecniche decisorie, in Consulta online, 6 marzo 2019; A. RUGGERI, Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018), in Consulta online, 2019, p. 108 ss.*

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> G. LATTANZI, *Relazione del Presidente del 21 marzo 2019*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), p. 11. Sul punto, in particolare, si veda V. MARCENÒ, *op. cit.*, p. 497 ss.; E. GROSSO, *op. cit.*, p. 537.

<sup>64</sup> In particolare si veda il punto n. 11, di Corte cost., ord. n. 207, 24 ottobre-16 novembre 2018, in *Gazz. Uff.*, n. 46, 21 novembre 2018, in cui si afferma: «In situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il vulnus costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale (ad esempio: sentenza n. 23 del 2013 e successiva sentenza n. 45 del

Per quanto concerne, invece, i rapporti tra Corte costituzionale e Parlamento, la dottrina ha evidenziato che, vincolare il legislatore a un termine, potrebbe influire in ordine alla corretta dialettica a cui devono essere improntati tali rapporti<sup>65</sup>.

Sul punto, tuttavia, occorre osservare che i vantaggi derivanti da tale nuova tecnica decisoria possono essere ben bilanciati con il suddetto pericolo inerente ai corretti rapporti della Corte costituzionale con il Parlamento<sup>66</sup>.

---

2015). Questa tecnica decisoria ha, tuttavia, l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione. La eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all'accertamento dell'inerzia legislativa presuppone, infatti, che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, la quale può, peraltro, sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare. Un simile effetto non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti. Onde evitare che la norma possa trovare, in parte qua, applicazione medio tempore, lasciando però, pur sempre, al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità – ferma restando l'esigenza di assicurare la tutela del malato nei limiti indicati dalla presente pronuncia – la Corte ritiene, dunque, di dover provvedere in diverso modo, facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale: ossia di disporre il rinvio del giudizio in corso, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale all'udienza del 24 settembre 2019, in esito alla quale potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela. Rimarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio a quo». Sul punto si veda anche quanto affermato da M. RUOTOLO, *op. cit.*, p. 645: «Si tocca qui un aspetto fondamentale ai fini della nostra riflessione sui profili evolutivi delle tecniche decisorie della Corte costituzionale: l'inerzia del legislatore, il tendenziale mancato seguito legislativo rispetto a indicazioni, talora piuttosto puntuali, provenienti dalla giurisprudenza costituzionale. Non può forse entro questa chiave leggersi la stessa tendenza della giurisprudenza costituzionale a guardare in termini meno rigorosi al requisito della rilevanza quale condizione di accesso al suo giudizio? Ciò avviene soprattutto in quegli ambiti nei quali una rigorosa (formalistica?) valutazione sulla rilevanza creerebbe «zone d'ombra nel controllo di costituzionalità», impedendo alla Corte di “rendere giustizia” costituzionale in settori nevralgici del nostro ordinamento democratico». Sul processo costituzionale cfr., per tutti, M. RAVERAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11/2018, 123 ss., R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Napoli, 2011, 2995 ss.

<sup>65</sup> E. GROSSO, *op. cit.*, p. 544 ss.

<sup>66</sup> Sul rapporto tra la Corte costituzionale e il legislatore si veda, in particolare, P. COSTANZO, *Legislature e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità dopo cinquant'anni di attività*, in *Consulta online*, 2006.

Con tale nuova tecnica decisoria, infatti, si riesce a garantire il primato della Costituzione e, allo stesso tempo, si concede uno spazio di ripensamento al legislatore affinché intervenga direttamente anziché essere direttamente sostituito dalla Corte.

Ciò è importante, soprattutto alla luce del nuovo corso avviato nella giurisprudenza costituzionale e ben espresso dall'*ex* Presidente della Corte costituzionale G. CORAGGIO che, nella *Relazione sull'attività della Corte del 2020*, afferma quanto segue: «in passato la Corte è intervenuta sulla legislazione con sentenze additive – introducendo così una nuova norma – solo nei casi tradizionalmente qualificati a “rime obbligate”, in cui, cioè, vi era un'unica soluzione idonea a rimuovere gli accertati vulnera alla Costituzione. Al contrario, in presenza di una pluralità di opzioni normative, la Corte adottava pronunce di inammissibilità, limitandosi poi a formulare i cosiddetti moniti, in sostanza inviti o esortazioni all'intervento del legislatore. Tale atteggiamento è andato gradualmente cambiando negli ultimi anni – e il 2020 è stato particolarmente significativo al riguardo – nel senso che il carattere discrezionale della soluzione da adottare a seguito della riconosciuta incostituzionalità non è stato più ritenuto un impedimento all'intervento additivo»<sup>67</sup>.

L'intervento con sentenze additive da parte della Corte, quindi, non è più escluso come in passato e ciò è anche dimostrato dalla già esaminata sentenza n. 40/2019 emessa in tema di sostanze stupefacenti, in cui è stato ritenuto di trovare una soluzione facendo riferimento ad alcuni indici normativi presenti nel sistema<sup>68</sup>.

In assenza, dunque, di tale nuova tecnica decisoria, i rapporti della Consulta con il Parlamento potrebbe deteriorarsi ancora maggiormente, perché si rischierebbero delle decisioni espressione di scelte politiche riservate al legislatore.

La nuova tecnica decisoria, inoltre, risulta molto più efficace delle pronunce di inammissibilità accompagnate da moniti rivolti al legislatore affinché intervenisse in materia.

Con tali pronunce, infatti, la Corte si spogliava definitivamente della questione, pur non sapendo *se* e *quando* il legislatore sarebbe intervenuto.

La Corte costituzionale, infatti, in alcuni casi aveva avuto in passato soltanto due possibilità di scelta: dichiarare inammissibile la questione e rivolgere

---

<sup>67</sup> G. CORAGGIO, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale 2020*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), p. 12. In tal senso anche V. MARCENÒ, *op. cit.*, p. 497 ss.

<sup>68</sup> Corte cost., sent. n. 40, 23 gennaio-8 marzo 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 11, 13 marzo 2019. Cfr. *supra*, § 3.

un monito al legislatore, senza avere alcuna assicurazione in ordine all'eventuale intervento del legislatore e ai relativi termini; accogliere la questione e rischiare di invadere la sfera di competenza del legislatore<sup>69</sup>.

Ciò tra l'altro, avrebbe potuto incrinare i rapporti tra Corte costituzionale e il legislatore, quando quest'ultimo, rimanendo inerte, non risolveva il problema di legittimità costituzionale nonostante l'invito.

Con la nuova tecnica decisoria, invece, la Corte costituzionale concede la possibilità al legislatore di porre rimedio al problema e, solo in seguito, in assenza di un intervento entro il termine fissato, dichiarerà l'illegittimità costituzionale.

Si tratta, infine, di una tecnica che, come sottolineato in dottrina, richiama anche simili istituti presenti in altri ordinamenti, come in Germania<sup>70</sup>.

Alla luce di quanto detto, quindi, sembra che tale nuova tecnica possa risultare “una luce in fondo al tunnel” per risolvere l'annoso problema inerente ai rischi di sconfinamenti in scelte politiche effettuate direttamente dalla Consulta.

---

<sup>69</sup> Sul punto, in particolare, V. MARCENÒ, *op. cit.*, p. 497 ss.; M. MASSA, *op. cit.*, p. 1 ss. E. GROSSO, *op. cit.*, p. 537 ss.

<sup>70</sup> Il punto è rilevato, in particolare, da M. D'AMICO, *Giustizia*, cit. pp. 12-13 a cui si rinvia per maggiori approfondimenti.

## CAPITOLO IX

### CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE. L'EROSIONE DELLA RISERVA DI LEGGE IN MATERIA PENALE: QUESTIONI RILEVATE E POSSIBILI SOLUZIONI

SOMMARIO: 1. Lo Stato costituzionale e le cause del processo di erosione della riserva di legge in materia penale. 2. Il primo problema: l'erosione della riserva di legge e il "conflitto" tra Parlamento e gli altri organi dotati di potestà normativa o amministrativa nell'ordinamento italiano. 3. Il secondo problema: l'erosione della riserva di legge e il "conflitto" di sovranità tra lo Stato e gli organi sovranazionali. 4. Il terzo problema: l'erosione della riserva di legge in materia penale, l'esercizio di poteri di politica criminale da parte di organi non aventi potestà normativa e il rispetto del principio di separazione dei poteri nel "conflitto" tra il potere legislativo e il potere giudiziario. 5. Il problema dei problemi: l'erosione della riserva di legge penale e la fondamentale logica di compromesso che emerge dall'impianto costituzionale. 6. Una soluzione *de iure condendo* (ma non troppo): una nuova forma di governo per la Repubblica italiana.

#### **1. Lo Stato costituzionale e le cause del processo di erosione della riserva di legge in materia penale**

Nel corso della trattazione si è visto che nello Stato costituzionale vi è una preferenza per il "governo della legge", in luogo al "governo degli uomini"<sup>1</sup>.

La preferenza nello Stato costituzionale per il "governo della legge" rispecchia il modello teorizzato da ARISTOTELE, in cui la legge – quando risulta necessario o, comunque, appare ragionevole – deve essere corretta dall'*epiékheia*, ossia dall'equità<sup>2</sup>.

Si è visto, infatti, che l'ordinamento giuridico, oltre ad ammettere in alcuni casi degli spazi di discrezionalità giudiziaria o l'intervento equitativo dei giudici, nello Stato costituzionale prevede alcuni principi e valori fondamentali nella

---

<sup>1</sup> Cfr. Cap. I, § 1.

<sup>2</sup> Ibidem.



Costituzione, che devono ispirare l'opera del legislatore e che, in quanto previsti in una fonte sovraordinata alle fonti primarie, non possono essere violati dalla legge<sup>3</sup>.

Nello Stato costituzionale, quindi, non vi è (o non vi dovrebbe essere) più spazio per il diritto "iniquo", che ha, talvolta, caratterizzato le esperienze dei precedenti ordinamenti europei di matrice giuspositivista<sup>4</sup>.

Campo privilegiato della "preferenza per la legge" risulta essere, come si è detto, il diritto penale.

In ambito penale, infatti, vige una riserva di legge, che, secondo l'orientamento preferibile per la ragioni esposte in precedenza, ha natura *tendenzialmente assoluta*<sup>5</sup>.

La *ratio* della riserva di legge in materia penale ha natura garantista, in quanto l'ordinamento permette tendenzialmente soltanto al Parlamento, organo rappresentativo del popolo democraticamente eletto, il potere di decidere quali comportamenti sanzionare con la privazione della libertà personale<sup>6</sup>.

La previsione della riserva di legge penale, inoltre, permette al cittadino di calcolare le conseguenze delle sue azioni e di scegliere se porre in essere il comportamento vietato, rischiando la sanzione penale, o di desistere dall'azione e andare esente da pena<sup>7</sup>.

Come si è ampiamente detto, accanto alla riserva di legge in materia penale, vi sono ad altri tre principi, ossia quelli della tipicità e sufficiente determinatezza, della irretroattività della legge penale e del divieto di analogia *in malam partem*, che congiuntamente costituiscono il principio di legalità penale<sup>8</sup>.

Si tratta di un principio, come si è detto, sviluppatosi a partire dalle concezioni dell'Illuminismo e in parallelo all'evoluzione dello Stato di diritto<sup>9</sup>.

In precedenza, invece, vi era la prevalenza di altre fonti alla legge, come quella giurisprudenziale o dottrinale, tant'è che nel lavoro, provocatoriamente, si

---

<sup>3</sup> Cfr. Cap. I, §§ 1 e 6 e Cap. VII, § 1.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Cfr. Cap. II, § 2.

<sup>6</sup> In particolare, cfr. Cap. 2.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> In particolare, cfr. Cap. 2 e 3.

<sup>9</sup> Cfr. Cap. I, §§ 1, 3.

è voluto definire il periodo che va dall'Antica Roma all'affermazione delle concezioni dell'Illuminismo, come il tempo della "preistoria" della legalità penale<sup>10</sup>.

Il periodo successivo, invece, richiamando L. FERRAJOLI, è stato definito di "stretta legalità"<sup>11</sup>.

Ha trovato affermazione nelle Carte sui diritti di fine '700, nei codici penali europei del medesimo periodo, e, con particolare riferimento all'Italia, nei codici penali e nelle Costituzioni degli Stati preunitari, nonché in quelli dell'Italia unita<sup>12</sup>.

Nell'ordinamento vigente, come si è visto, trova fondamento costituzionale all'art. 25, commi 2 e 3, Cost. ed è sancito agli artt. 1, 2 e 199 del codice penale<sup>13</sup>.

Orbene, nel corso della intera trattazione è stato appurato che nell'attuale ordinamento vigente vi sono numerose erosioni del principio della riserva di legge in materia penale.

Come si è affermato nella parte introduttiva del lavoro, l'erosione alla riserva di legge penale è il "filo rosso" che attraversa l'intero elaborato.

È in atto, infatti, il ridimensionamento del ruolo del Parlamento in materia penale e l'ampliamento del ruolo di altri organi o poteri nazionali o sovranazionali.

Alcune di esse, tuttavia, appaiono giustificabili anche alla luce della *ratio* oppure della natura tendenzialmente assoluta della riserva di legge in materia penale.

Altre, invece, appaiono sospette di incostituzionalità e sembrano provocare seri problemi in ordine al rispetto di alcuni connotati o principi posti a fondamento dello Stato costituzionale di diritto.

Sul punto ci si soffermerà meglio di seguito.

Qui appare opportuno, preliminarmente, individuare le cause di tale progressivo ampliamento del processo di erosione della riserva di legge in materia penale, così da potere poi in conclusione tentare di individuare una possibile soluzione.

Le cause del processo di erosione sono legate a diversi fattori.

---

<sup>10</sup> Cfr. Cap. I, § 2.

<sup>11</sup> Cfr. Cap. I, § 3.

<sup>12</sup> Cfr. Cap. I, §§ 3, 4, 5.

<sup>13</sup> In particolare, cfr. Cap. I, § 5 e 6, nonché Cap. 2, § 1.

In particolare, talvolta, l'erosione della riserva di legge è dovuta all'impossibilità del Parlamento di intervenire in determinati settori per mancanza di una adeguata competenza tecnica.

Altre volte, si ha tale erosione al fine di soddisfare esigenze di natura pratica di velocità nel legiferare o per adeguare la normativa a repentini cambiamenti sopravvenuti oppure per fare fronte a situazioni di emergenza.

In altri casi, invece, l'erosione è dovuta alla necessità di recepire le prescrizioni provenienti dall'ordinamento sovranazionale oppure al fine di tutelare i diritti fondamentali sanciti nelle Carte internazionali dei diritti.

Un'altra causa del processo di erosione, è rappresentata dall'esigenza di superare il rigore formalistico della legge e di applicare la legge penale in modo maggiormente individualizzato, così da adeguarla al concreto disvalore penale del fatto.

Un ulteriore fattore condizionante il processo di erosione deriva dalla necessità di garantire l'applicazione della legge in modo più ragionevole, lasciando una più ampia discrezionalità al giudice, rispetto a quella che si avrebbe se il legislatore disciplinasse nel dettaglio alcuni elementi del fatto criminoso.

Un'ultima causa, infine, sembra essere legata al problema della "crisi della legge".

La crisi della legge, come si è detto in precedenza, scaturisce essenzialmente da tre fattori: dalla crisi dei partiti politici e dalla conseguente instabilità delle forze parlamentari; dall'inflazione legislativa, ossia l'aumento esponenziale e disordinato del numero delle leggi<sup>14</sup>; dalla perdita del rigore e della chiarezza del linguaggio adoperato nella legge, dovuto anche all'utilizzo in sede istituzionale di termini stranieri oppure a problemi di traduzione di fonti normative di derivazione sovranazionale<sup>15</sup>.

Orbene, la crisi dei partiti e la debolezza delle forze di maggioranza comporta l'incapacità dell'organo parlamentare o alla sua mera non volontà, legata a ragioni di opportunità politica, di legiferare in determinati settori della società.

Ciò causa un ampliamento necessario dell'intervento del giudice ordinario o della Corte costituzionale, al fine di garantire un minimo di tutela di interessi particolarmente rilevanti. Tuttavia, l'ampliamento di tale intervento dei giudici

---

<sup>14</sup> Secondo una inchiesta de *Il sole 24 ore* del 21 settembre 2021, condotta da A. CHERCHI, in Italia sono in vigore più di 110 mila leggi.

<sup>15</sup> In particolare, cfr. Cap. VII, § 1.

ordinari e della Corte costituzionale, spesso, sembra andare oltre il ruolo da essi ricoperto nell'ordinamento.

Il suddetto ampliamento di poteri, inoltre, accade anche quando, pur non risultando violata la riserva di legge, la giurisprudenza si trova costretta ad operare scelte di politica criminale maggiormente favorevoli al reo rispetto a quelli disposte dalla legge per sopperire al silenzio del legislatore.

Si pensi, ad esempio, alla *querelle* in materia di aiuto al suicidio che ha investito la Corte costituzionale nel caso *Cappato*, in cui vi è stata la presenza – o per meglio dire l'assenza – di un legislatore “sordo o che non voleva sentire”<sup>16</sup> e che ha comportato una presa di posizione della Consulta<sup>17</sup>.

L'inflazione legislativa e la perdita di rigore del linguaggio giuridico adoperato nei testi di legge, inoltre, hanno comportato, come si è visto, un aumento degli spazi di discrezionalità del giudice nell'esercizio dell'opera interpretativa della legge.

## **2. Il primo problema: l'erosione della riserva di legge e il “conflitto” tra Parlamento e gli altri organi dotati di potestà normativa o amministrativa nell'ordinamento italiano**

Nel corso della trattazione, in merito al processo di erosione della riserva di legge, si è visto che un primo ridimensionamento del ruolo del Parlamento in tema è stato provocato nella prassi dall'aumento dell'intervento in materia penale di altri organi nazionali dotati di potestà normativa oppure titolari di meri poteri amministrativi.

Tale intervento, di solito, è autorizzato dalla stessa legge parlamentare – si pensi, ad esempio, alla legge delega con cui si autorizza il Governo ad emanare un decreto legislativo – o, addirittura, da disposizioni costituzionali. – si pensi, a tal proposito, al ruolo “indiretto e mediato” che rivestono le Regioni in materia penale – soggette, quest'ultime, al bilanciamento con l'art. 25 della Costituzione.

---

<sup>16</sup> Si ribadisce anche in tale sede che l'espressione è ripresa dall'intervento tenuto in occasione del seminario su “*Democrazia digitale. La partecipazione popolare nell'era dello SPID*” tenutosi presso l'Università degli Studi Catania, Dipartimento di Giurisprudenza, il 3 novembre 2021, dal titolo “*Non c'è peggior sordo di chi non vuol sentire! Dal caso Cappato al referendum sulla eutanasia attiva: una spinta digitale alla democrazia?*”.

<sup>17</sup> Cfr. Cap. VIII, §§ 2 e 5.

Le forme di intervento di fonti in materia penale provenienti da organi diversi da quello parlamentare - come è stato appurato nei singoli casi trattati nel corso del lavoro - affinché possano essere considerati conformi alla *ratio* oppure alla natura della riserva di legge penale, devono essere corredate da alcune garanzie e devono soddisfare interessi di pari rango a quelli espressi dall'art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione.

Orbene, una prima forma di intervento, talvolta, si inserisce nell'ambito del procedimento di formazione della legge formale ordinaria approvata dal Parlamento *ex artt.* 70 e ss. della Costituzione.

Ci si riferisce ai cc.dd. *maxi-emendamenti* di iniziativa governativa su cui viene posta la questione di fiducia<sup>18</sup>.

I *maxi-emendamenti*, come si è detto, non risultano pienamente conformi agli imperativi espressi dalla riserva di legge in materia penale, in quanto eliminano o, comunque, attenuano il dibattito parlamentare e, quindi, l'eventuale legge penale adottata dal legislatore non esprime più i tipici connotati di democraticità della formale ordinaria<sup>19</sup>.

Tant'è che Corte costituzionale ha definito l'uso dei *maxi-emendamenti* nel procedimento legislativo una «problematica prassi»<sup>20</sup>.

L'intervento governativo si ha anche nel caso in cui si legifera in materia penale con un decreto legislativo<sup>21</sup>.

Si è visto, tuttavia, che il decreto legislativo in materia pare risultare conforme alla *ratio* della riserva di legge penale, in quanto, innanzitutto, può essere volto a soddisfare esigenze di natura pratica, come quella di regolare materie particolarmente complesse e tecniche<sup>22</sup>.

Il decreto legislativo, inoltre, deve rispettare i principi e i criteri direttivi, l'oggetto e il tempo d'esercizio della delega definiti nella legge parlamentare<sup>23</sup>.

L'approvazione della legge delega, tra l'altro, ai sensi dell'art. 72, ult. comma Cost., non può seguire procedimenti abbreviati. Il decreto legislativo, in

---

<sup>18</sup> Cfr. Cap. II, § 3.1.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> Cfr. Cap. II, § 3.2

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Ibidem.

aggiunta, può essere oggetto di referendum abrogativo e sottoposto al controllo da parte della Corte costituzionale<sup>24</sup>.

Il Governo, talvolta, interviene in materia penale adoperando il decreto legge<sup>25</sup>.

Anche in questo caso, però, si è detto che l'uso del decreto legge in materia penale può essere giustificato a livello costituzionale purché vi sia l'esigenza di far fronte nell'immediato ad una situazione di necessità ed urgenza<sup>26</sup>.

Il decreto legge, inoltre, al pari del decreto legislativo, può essere oggetto di referendum e sottoponibile al controllo di costituzionalità da parte della Corte costituzionale<sup>27</sup>.

Medesime considerazioni, come si è appurato, valgono per la particolare delega legislativa che, *ex art. 78 Cost.*, viene attribuita al Governo in tempo di guerra<sup>28</sup>.

Sulla base di tale delega, infatti, il Governo potrà emanare dei decreti governativi che disciplinano anche la materia penale per il periodo di emergenza bellica<sup>29</sup>.

Si è visto, invece, che non appaiono più conformi ai dettami costituzionali le norme, contenute nei Regi decreti n. 1415/1938 e n. 30/1941, che prevedono la possibilità per il Comandante Supremo delle Forze armate di emanare bandi militari in materia penale in tempo di guerra<sup>30</sup>.

Si è detto, infatti, che l'art. 78 Cost. attribuisce soltanto al Governo il potere di disciplinare per il tempo della guerra, sulla base delle indicazioni parlamentari contenute nella legge delega e non ad altri organi<sup>31</sup>.

---

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> Cfr. Cap. II, § 3.3.1.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> Ibidem.

Si è visto, inoltre, che in assenza o in attesa della delega parlamentare, il Governo, tutt'al più, potrebbe far uso del decreto legge<sup>32</sup>.

Soltanto, infatti, nel caso in cui non sia nemmeno possibile emanare il decreto legge, si potrebbe ricorrere ad altre fonti fondate sulla fonte-fatto del principio di necessità<sup>33</sup>.

Un ulteriore intervento in materia penale, diverso da quello del Parlamento, potrebbe provenire dalle Regioni<sup>34</sup>.

In merito, nel corso della trattazione, si è avuto modo di affermare che, alla luce del dettato costituzionale, non risulta ammesso un intervento regionale diretto<sup>35</sup>.

Violerebbe, infatti, gli artt. 3, 5, 25, 117 e 120 della Costituzione<sup>36</sup>.

Si è detto, però, che la Regione potrebbe incidere in via indiretta e mediata nel diritto penale quando agisce nell'ambito delle materie ad essa attribuite dall'art. 117 della Costituzione<sup>37</sup>.

In tale sede, tuttavia, si è rilevato che l'aumento delle materie attribuito alle Regioni, in seguito alla riforma costituzionale n. 3 del 2001, potrebbe porre in "crisi" la riserva di legge in materia penale, in quanto rischia di trovare dei limiti regionali, seppur in via indiretta e mediata, non direttamente previsti dalla legge statale<sup>38</sup>.

Nella medesima sede, inoltre, si è dubitato della costituzionalità dell'art. 9, l. n. 689/1981, nella parte in cui la previsione di una sanzione amministrativa regionale potrebbe escludere l'applicazione di una norma penale dello Stato<sup>39</sup>.

In materia penale, inoltre, si interviene nella prassi con i regolamenti governativi oppure con provvedimenti amministrativi individuali e concreti<sup>40</sup>.

---

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Cfr. Cap. II, § 3.4.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> Ibidem.

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> Cfr. Cap. II, § 3.5.

Orbene, nel lavoro si è detto che, alla luce della riserva di legge in materia penale, il regolamento governativo può essere ammesso soltanto nel caso in cui risulti strettamente necessario disciplinare degli aspetti di natura tecnica. Al di fuori di tale caso, infatti, l'uso dei regolamenti governativi risulterebbe posto in essere in violazione del dettato costituzionale<sup>41</sup>.

La tesi è stata condivisa anche dalla Corte costituzionale fin da una nota sentenza del 1991 riguardante i reati in materia di traffico di sostanze stupefacenti<sup>42</sup>.

Per quanto riguarda, invece, l'integrazione del precetto penale ad opera di provvedimenti amministrativi, si è ritenuto di condividere la tesi che ammette tale possibilità soltanto nel caso in cui l'autorità competente all'emanazione, il procedimento e i presupposti di adozione siano disciplinati compiutamente da una fonte di rango primario<sup>43</sup>.

Particolari problemi, inoltre, sembrano scaturire dall'uso in materia penale delle cc.dd. linee guida, ad esempio quelle in materia sanitaria, emanate da organi di natura tecnica<sup>44</sup>.

Nella sede in cui si è trattato del problema, si è visto che taluni ne hanno escluso il valore di fonte del diritto, attribuendo ad esse un valore meramente interpretativo. Tuttavia, si è rilevato che, anche a volere escluderne il valore normativo, sono comunque in grado di esercitare una significativa influenza nell'applicazione della legge penale e, pertanto, si è dubitato della loro costituzionalità. Nella medesima occasione, però, si è detto pure che potrebbero trovare giustificazione nel caso in cui siano necessarie per soddisfare interessi di pari rango a quelle espressi dalla riserva di legge in materia penale, come accade, ad esempio, in ambito sanitario, in cui garantiscono una maggiore tutela del diritto alla salute di cui all'art. 32 della Costituzione<sup>45</sup>.

Un'ultima erosione della riserva di legge rientrante nella presente parte oggetto di trattazione, riguarda le fonti che sono state adoperate o a cui è possibile fare ricorso in materia penale nei periodi di emergenza<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> Cfr. Cap. II, § 3.6.

<sup>45</sup> Ibidem.

<sup>46</sup> Cfr. Cap. III, § 4.



Nella sede in cui ci si è occupati del tema, infatti, si è detto che sollevano seri problemi di costituzionalità le ordinanze del Ministro dell'Interno o, su delega, del Prefetto di cui agli artt. 214-216 del TULPS<sup>47</sup>.

Dubbi, inoltre, sono stati sollevati in ordine all'uso in materia penale dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri durante la prima fase della pandemia dovuta alla diffusione della malattia virale "Covid-19"<sup>48</sup>.

Ulteriori dubbi, infine, sono stati espressi con riferimento a parte della legislazione emergenziale penalistica adottata al fine di contrastare il fenomeno terroristico che ha colpito il nostro Paese in particolar modo a partire dagli anni Settanta<sup>49</sup>.

Dalla suddetta disamina emerge, innanzitutto, un dato: il problema della compatibilità di interventi in materia penale provenienti da organi nazionali diversi da quello parlamentare non si presta ad essere risolto una volta per tutte, ma deve essere verificato, come si è visto, caso per caso.

Tale impostazione, tra l'altro, risulta accentuata dall'accoglimento della tesi che afferma la natura *tendenzialmente* assoluta della riserva di legge penale.

La natura tendenzialmente assoluta della riserva di legge in questione, infatti, sicuramente esclude un intervento diretto e significativo in ambito penale di fonti diverse da quelle primarie, ma ciò non significa che, se giustificate da esigenze particolarmente rilevanti, debbano escludersi anche interventi marginali da parte di altre fonti, come, ad esempio, i regolamenti governativi.

Un altro dato che emerge dalla disamina è relativo all'aumento già sul piano nazionale delle fonti penali che possono intervenire in materia diverse rispetto a quelle probabilmente immaginate dall'Assemblea costituente in sede di redazione della Costituzione e che, talvolta, alla luce di quanto esposto nel corso della trattazione, sembrano risultare comunque rispettose della *ratio* e della natura della riserva di legge penale.

Una proliferazione di fonti normative che ha avuto, come si è visto, un ulteriore aumento a causa dell'influenze che provengono dagli organi sovranazionali, nonché per effetto dell'esercizio di spazi di discrezionalità giudiziaria da parte della giurisprudenza.

---

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> Ibidem.

<sup>49</sup> Ibidem.

### **3. Il secondo problema: l'erosione della riserva di legge e il “conflitto” di sovranità tra lo Stato e gli organi sovranazionali**

La riserva di legge in materia penale, come si è detto, impone che la scelta di quali fatti sottoporre a sanzione penale sia operata da organi statali rappresentativi del popolo.

Nei capitoli IV e V, tuttavia, si è visto che numerose sono le influenze europee nei sistemi penali nazionali, che, talvolta, suscitano dei dubbi in ordine al rispetto del principio della riserva di legge penale e in merito a una possibile compromissione delle prerogative sovrane dello Stato.

Tali influenze europee in materia penale, inoltre, provocano dei dubbi con riferimento al pieno rispetto del principio della separazione dei poteri, profilo, tuttavia, che sarà approfondito nel paragrafo seguente a quello qui oggetto di trattazione.

Soffermandoci sulla prima problematica – ossia quella relativa ai rapporti tra le influenze europee in materia penale, la riserva di legge e la sovranità statale – appare opportuno, preliminarmente, chiarire il concetto di sovranità nei suoi connotati essenziali.

Il concetto di sovranità si afferma con la nascita dello Stato moderno<sup>50</sup>, con il conseguente superamento dell'ordine medievale, in quanto viene a cessare l'influenza sul potere sovrano esercitata dalle varie autorità presenti nella società e il sovrano non risulta più essere soggetto al dominio dell'Imperatore o del Papa<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Sul punto Cfr. Cap. I, § 1.

<sup>51</sup> M. TROMBINO, *Sovranità*, in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari-Roma, 2020, p. 193 ss. Il tema è stato oggetto di ampia trattazione in dottrina. In particolare, si veda pure D. BIFULCO, *L'ordinamento giuridico, lo Stato e i suoi elementi costitutivi*, in M. BENVENUTI, R. BIFULCO (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale. La costituzione, il diritto costituzionale, l'ordinamento statale*, Vol. I, Torino, 2022, p. 211 ss.; B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, 2015; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 3 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970, p. 63 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1989, p. 58 ss.; H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, (ed. a cura di A. CARRINO), Milano, 1989. Cfr. anche Cap. I, § 6 del presente lavoro.

La sovranità dello Stato presenta due aspetti: interno ed esterno. La *sovranità interna* è intesa come supremo potere di comando nel territorio; la *sovranità esterna*, invece, come indipendenza dello Stato dagli altri Stati<sup>52</sup>.

La dottrina, in particolare, ha individuato tre caratteri della sovranità: l'originarietà dell'ordinamento dello Stato, l'indipendenza del potere statale da poteri sovrani di altri Stati, la preminenza rispetto da ogni altra autorità o altro soggetto presente nello Stato<sup>53</sup>.

L'originarietà dell'ordinamento significa che ogni ordinamento statale si autolegittima per forza originaria. Gli altri ordinamenti, invece, ossia quelli derivati, trovano fondamento diretto o indiretto nell'ordinamento statale<sup>54</sup>.

Si pensi, ad esempio, agli ordinamenti autonomi degli enti locali o a quelli che sorgono ad iniziativa dei privati, come le confessioni religiose, i sindacati e i partiti politici<sup>55</sup>.

A tal proposito, autorevole dottrina, nota che «un ordinamento statale può, *storicamente*, derivare da ordinamenti preesistenti, come avviene allorché il sorgere di un nuovo Stato sia previsto, ad esempio, da accordi internazionali [...] però, non appena lo Stato siasi effettivamente formato, si spezza il cordone ombelicale con l'ordinamento di origine e l'ordinamento statale vive di vita propria e indipendente [...]»<sup>56</sup>.

L'indipendenza, invece, significa che la sovranità non è soggetta ad alcun altro potere sovrano e al di sopra dello Stato non esiste nient'altro<sup>57</sup>.

La preminenza, infine, come già detto, indica la supremazia dello Stato su ogni altra autorità o altro soggetto presente nell'ordinamento, come, ad esempio, formazioni sociali, enti locali e singoli individui<sup>58</sup>.

---

<sup>52</sup> Ibidem.

<sup>53</sup> Sul punto, in particolare, D. BIFULCO, *op. cit.*, p. 211 ss.; V. CRISAFULLI, *op. cit.*, p. 63 ss.

<sup>54</sup> V. CRISAFULLI, *op. cit.*, p. 63 ss.

<sup>55</sup> Ibidem

<sup>56</sup> Ibidem.

<sup>57</sup> Ibidem.

<sup>58</sup> Ibidem.

Orbene, nel vigente ordinamento costituzionale, ai sensi dell'art. 1 Cost., «La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione»<sup>59</sup>.

Come sottolineato in dottrina, con la previsione della appartenenza della sovranità al popolo, si è voluto dare una precisa connotazione democratica alla forma di stato repubblicana<sup>60</sup>.

Il potere, infatti, è fondato sulla volontà del popolo, che, attraverso gli istituti di democrazia diretta o indiretta, lo esercita nei limiti previsti dalla Costituzione.

Orbene, il processo di adesione dell'Italia alle organizzazioni sovranazionali ha comportato un ridimensionamento del concetto di sovranità popolare.

Numerose decisioni pubbliche, infatti, sono oggetto di previsioni sovranazionali che si applicano direttamente o per effetto di recepimento da parte dello Stato nell'ordinamento nazionale.

Autorevole dottrina, in tema, ha affermato che «il popolo sovrano ha conquistato il suffragio universale, ma ha nuovamente perso la piena disponibilità dei propri diritti»<sup>61</sup>.

Ciò non significa, tuttavia, che sia venuta meno la sovranità dello Stato, in quanto le competenze esercitate a livello sovranazionale, sono frutto di una decisione degli organi statuali di attribuire l'esercizio di alcune funzioni agli organi sovranazionali.

Tale attribuzione di competenze, come già visto, a livello sovranazionale si giustifica sulla base degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. per l'Unione europea e sul solo art. 117, comma 1, Cost. per le altre organizzazioni internazionali<sup>62</sup>.

Le due disposizioni normative, allo stesso tempo, rappresentano due di quei limiti alla sovranità popolare di cui all'art. 1 della Costituzione.

---

<sup>59</sup> In tema, fra gli altri, si vedano G. DI COSIMO, *Art. 1*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 5 ss.; A. MORRONE, *Articolo 1*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI, *La Costituzione italiana*, Vol. I, Bologna, 2021, p. 20 ss. Si veda pure G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 8 ss.;

<sup>60</sup> In particolare, cfr. A. MORRONE, *op. cit.*, p. 20 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967, p. 135 ss.

<sup>61</sup> R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004, p. 113.

<sup>62</sup> Cfr. i Capitoli IV e V.

La sovranità popolare, dunque, è limitata, ma tali limitazioni non rappresentano una patologia da eliminare, ma risultano essere giustificate alla luce del dettato costituzionale.

In ambito penale, tuttavia, occorre osservare che i limiti di cui agli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. devono essere bilanciati con il limite della natura tendenzialmente assoluta della riserva di legge di cui all'art. 25 Cost., ossia quello che le decisioni in tale ambito siano prevalentemente frutto della volontà di organi nazionali democraticamente eletti.

L'azione degli organi sovranazionali, dunque, deve essere a sua volta bilanciata con le esigenze sottese al rispetto della riserva di legge penale.

Anche la riserva di legge in materia penale, infatti, rappresenta una di quelle forme e di quei limiti con cui il popolo esercita la sovranità.

A tal proposito, alla luce di quanto visto nel corso della trattazione, è possibile osservare che in materia penale il bilanciamento tra i due suddetti limiti – ossia tra gli artt. 11, 117, comma 1, Cost. e l'art. 25 Cost. - non sempre pare dare risultati pienamente conformi al dettato costituzionale.

Ciò, come già detto, provoca dei dubbi in ordine alla sussistenza di intrusioni indebite nella sovranità dello Stato da parte degli organi sovranazionali e per effetto una “distorsione” del connotato democratico della forma di stato repubblicana.

L'intrusione indebita, certamente, non si verifica sempre.

Si è visto, ad esempio, che nell'ordinamento CEDU e in quello dell'Unione europea la riserva di legge (o, per meglio dire, la riserva di diritto) in materia penale prevede tra i suoi connotati tipici l'accessibilità e la prevedibilità della norma penale<sup>63</sup>.

L'accessibilità e la prevedibilità sono mere garanzie aggiuntive a quelle nazionali o, comunque, chiarificatrici di esse. Nessuna intrusione può esservi in proposito, né tantomeno può esservi una erosione della riserva di legge in materia penale.

Lo stesso accade, ad esempio, in merito al principio di proporzionalità delle pene previsto espressamente all'art. 49 della CDFUE, che esplicita un principio

---

<sup>63</sup> Cfr. Cap. IV, § 3 e Cap. V, § 2.

già presente nell'ordinamento costituzionale italiano, sebbene in modo non espresso, come si è visto in precedenza<sup>64</sup>.

In aggiunta, all'art. 49 della CDFUE è espressamente sancito in tema di legalità penale anche il principio di retroattività favorevole, che trova fondamento costituzionale nell'ordinamento italiano agli artt. 3 e 117, comma 1, della Costituzione<sup>65</sup>.

Maggiori problemi, tuttavia, suscitano altre influenze europee nell'ordinamento penale italiano.

Ciò si verifica, ad esempio, in merito alle c.d. sanzioni amministrative sostanzialmente penali<sup>66</sup>.

Si è visto, infatti, che l'ordinamento italiano ha dovuto adeguarsi alla nozione sostanziale di sanzione penale derivante dall'applicazione dei criteri giurisprudenziali *Engel* elaborati dalla Corte EDU<sup>67</sup>.

Impostazione, tra l'altro, poi accolta anche dalla giurisprudenza dell'Unione europea<sup>68</sup>.

L'applicazione di tali criteri, come si è detto, ha comportato la qualificazione di alcune sanzioni amministrative italiane come sanzioni sostanzialmente penali, impendendone o limitandone a seconda dei casi l'applicazione e dando luogo all'annoso dibattito sul rispetto del principio del *ne bis idem*<sup>69</sup>.

Sul punto, si è cercato di trovare un compromesso al fine di conciliare le esigenze nazionali con le richieste sovranazionali.

Tale opera di compromesso ha comportato l'intervento del legislatore, della Corte costituzionale e l'adeguamento dei precetti nazionali con quelli sovranazionali da parte della giurisprudenza ordinaria<sup>70</sup>.

---

<sup>64</sup> Cap. V., § 2.

<sup>65</sup> Cfr. Cap. V, § 2, nonché, sull'ordinamento italiano, Cap. III, § 3.

<sup>66</sup> Cfr. Cap. IV, § 4.

<sup>67</sup> Ibidem

<sup>68</sup> Cfr. Cap. IV, § 4 e Cap. V, § 2.

<sup>69</sup> Cfr. Cap. IV, § 4.

<sup>70</sup> Cfr. Cap. IV, § § 4 e 4.1.

Si pensi, ad esempio, all'introduzione del nuovo art. 578-bis c.p.p.<sup>71</sup> oppure alle pronunce della Corte costituzionale sul principio del *ne bis in idem* processuale di cui all'art. 649 c.p.p.<sup>72</sup> o sull'estensione dello "statuto della legalità" alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali<sup>73</sup>.

L'ordinamento nazionale, tuttavia, spesso, si è dovuto adeguare "a rime obbligate". Di conseguenza, le decisioni in materia penale sono state assunte sulla base di prescrizioni assunte a livello europeo, provocando una erosione della riserva di legge in materia penale.

Pure, infatti, quando è intervenuto direttamente il legislatore nazionale ad adeguare la situazione italiana a quella sovranazionale, la decisione di considerare penale una sanzione amministrativa - *rectius* la decisione di stabilire cosa punire penalmente e cosa punire con sanzioni non penali - è stata, di fatto, il frutto della volontà sovranazionale.

La questione, quindi, sembra non essere del tutto in linea con il rispetto del principio di sovranità popolare, in quanto in materia penale - in virtù dell'art. 25 Cost. - le decisioni devono essere espressione della volontà del legislatore nazionale democraticamente eletto.

Si è visto, inoltre, che l'accoglimento della giurisprudenza CEDU e di quella dell'UE in tema di sanzioni amministrative sostanzialmente penali, potrebbe provocare una riduzione della potestà sanzionatoria amministrativa delle Regioni, le quali, ai sensi dell'art. 117 Cost., non hanno alcuna competenza diretta in materia penale, ma possono, comunque, applicare ad alcuni fatti delle sanzioni amministrative<sup>74</sup>.

Qualora, infatti, una sanzione amministrativa regionale dovesse presentare dei connotati tali da essere considerata sostanzialmente penale in base ai criteri *Engel*, la Regione perderebbe il proprio potere di punire il fatto in via amministrativa con tale sanzione, perché sarebbe incostituzionale, in quanto espressione di competenza penale non rientrante nelle attribuzioni regionali.

Il problema del rispetto della riserva di legge in materia penale e del principio della sovranità popolare si presenta ancora più evidente nell'ambito degli obblighi positivi in materia penale imposti in ambito sovranazionale.

---

<sup>71</sup> Cfr. Cap. IV, § 4.

<sup>72</sup> Ibidem.

<sup>73</sup> Cfr. Cap. IV, § 5.

<sup>74</sup> Cfr. Cap. II, § 3.4 e Cap. IV, § 4.

Ciò si è verificato, ad esempio, nella imposta introduzione del reato di tortura nell'ordinamento italiano (art. 613-*bis* c.p.) oppure nella decisione del legislatore, con d.l. n. 162/2022, di mutare i presupposti per l'applicazione della pena dell'ergastolo ostativo perché ritenuta dalla Corte EDU non rispettosa dei diritti umani sanciti nella CEDU<sup>75</sup>.

Ancora una volta, dunque, le decisioni del legislatore nazionale a livello penale – in ordine ai fatti da punire e con quali pene – sono state sostanzialmente assunte in ambito europeo.

Problemi analoghi, inoltre, sono sorti in merito ai poteri indiretti in materia penale di cui gode l'Unione europea<sup>76</sup>.

La saga *Taricco*, in proposito, rappresenta l'esempio paradigmatico del "conflitto" che può sorgere tra le prescrizioni sovranazionali e i controlimiti costituzionali italiani<sup>77</sup>.

In tale occasione, come si è visto, le esigenze europee hanno trovato una battuta di arresto di fronte ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano, grazie a una sapiente opera di bilanciamento tra principi opposti operata dalla giurisprudenza europea e costituzionale<sup>78</sup>.

Si è detto, quindi, che la "stella polare" affinché non venga smarrita la retta via del rispetto del principio della riserva di legge penale è la piena osservanza del c.d. principio di attribuzione<sup>79</sup>.

Si è osservato, inoltre, che al momento – considerato anche il carattere non democratico delle Istituzioni dell'UE, oltre al controlimite della riserva di legge – risulterebbe giuridicamente impossibile una modifica dei Trattati volta ad attribuire una potestà diretta in campo penale all'Unione europea<sup>80</sup>.

Orbene, alla luce di quanto detto, è possibile osservare che appaiono di non poco conto i problemi che scaturiscono e che potrebbero in futuro scaturire da un ampliamento del processo di influenze europee in materia penale. Si tratta di un settore, infatti, che rileva in modo significativo nell'ambito dei rapporti tra la

---

<sup>75</sup> Cfr. Cap. IV, § 5.

<sup>76</sup> Cfr. Cap. IV, § 3.

<sup>77</sup> Cfr. Cap. IV, § 4.

<sup>78</sup> Ibidem.

<sup>79</sup> Cfr. Cap. IV, § 3.

<sup>80</sup> Cfr. Cap. IV, § 4.



sovranità nazionale e gli ordinamenti internazionali, stante la presenza della riserva di legge in materia.

In altri termini, un settore in cui la visione classica di sovranità dello Stato sembra resistere – o meglio, deve giuridicamente resistere alla luce del dettato costituzionale e della forma di stato democratica repubblicana del nostro ordinamento – di fronte alle spinte provenienti dalle istanze sovranazionali.

#### **4. Il terzo problema: l'erosione della riserva di legge in materia penale, l'esercizio di poteri di politica criminale da parte di organi non aventi potestà normative e il rispetto del principio di separazione dei poteri nel "conflitto" tra il potere legislativo e il potere giudiziario**

La progressiva erosione della riserva di legge in materia comporta anche dei problemi in ordine al rispetto del principio di separazione dei poteri, nell'ambito dei rapporti tra il potere legislativo e il potere giudiziario.

La violazione di tale principio, inoltre, appare essere provocata anche nei casi in cui, pur non essendovi una erosione della riserva di legge, organi diversi dal legislatore – ossia i giudici ordinari e la Corte costituzionale - operano delle scelte di politica criminale maggiormente favorevoli al reo rispetto a quelle previste dalla legge.

Il principio di separazione dei poteri, in particolare, sembra essere posto in discussione sia per effetto delle influenze europee nel diritto penale, che per effetto del superamento nella prassi dei limiti dell'interpretazione giudiziaria previsti dalla legge, tanto da far pensare che la giurisprudenza abbia dato luogo, in alcune occasioni, a interpretazioni "creative" della legge, sostituendosi al legislatore.

In tale contesto, inoltre, si inseriscono anche alcune delle scelte operate dalla Corte costituzionale in sede di sindacato di costituzionalità sulle norme penali in *malam* e *in bonam partem*.

La Corte costituzionale, infatti, in mancanza di un dovuto intervento del legislatore, talvolta, si è trovata costretta ad operare delle importanti scelte che appaiono espressione di esercizio di poteri di politica legislativa, superando i limiti di propria competenza.

Prima di evidenziare maggiormente nel dettaglio tali ipotesi, anche in questo caso - come avvenuto in ordine al problema inerente ai rapporti tra la riserva

di legge penale e il principio di sovranità dello Stato<sup>81</sup> – appare opportuno soffermarsi sulla disamina del principio di separazione dei poteri, al fine di meglio comprendere la questione.

La separazione dei poteri, come già detto, è uno dei requisiti minimi su cui si fonda lo Stato di diritto, accanto al principio di legalità e alla tutela dell'eguaglianza e delle libertà dell'individuo<sup>82</sup>.

Il principio della separazione dei poteri trova la sua massima espressione ideologica nelle teorizzazioni in MONTESQUIEU, il quale, sviluppando in un modo nuovo le teorie di LOCKE, affermava la necessità che i poteri dello Stato fossero suddivisi fra più organi, in quanto modello maggiormente idoneo a difendere le libertà dell'individuo rispetto alla concentrazione dei poteri<sup>83</sup>.

A loro volta tali due filosofi si rifacevano al c.d. “Stato misto”, teorizzato - come ci ricordano G. FASSÒ e N. MATTEUCCI - per la prima volta nell'Antica Grecia dal peripatetico DICEARCO, ma presente embrionalmente anche in SOLONE, PLATONE, ARISTOTELE, TUCIDIDE, ISOCRATE e POLIBIO<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Cfr. *supra*, § 3.

<sup>82</sup> G. SILVESTRI, *Lo Stato di diritto nel XXI secolo*, in *Riv. AIC*, 2, 26 maggio 2011, p. 2. In tal senso cfr. Cap. I, § 1.

<sup>83</sup> C. L. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi (Libri I- XIX)*, in D. FELICE (a cura di), *Montesquieu. Tutte le opere*, Milano, 2014, Libro XI, cap. VI. In particolare, si veda la parte in cui si afferma «Quando nella stessa persona o nello stesso corpo di magistratura, il potere legislativo è unito al potere esecutivo, non esiste libertà; perché si può temere che lo stesso monarca o lo stesso senato facciano delle leggi tiranniche per eseguirle tirannicamente. E non vi è libertà neppure quando il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e da quello esecutivo. Se fosse unito al potere legislativo, il potere sulla vita e sulla libertà dei cittadini sarebbe arbitrario, poiché il giudice sarebbe il legislatore. Se fosse unito al potere esecutivo, il giudice potrebbe avere la forza di un oppressore. Tutto sarebbe perduto se un'unica persona, o un unico corpo di notabili, di nobili o di popolo esercitasse questi tre poteri: quello di fare le leggi, quello di eseguire le risoluzioni pubbliche e quello di punire i delitti o le controversie dei privati», In tema si veda, in particolare, G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano 1984. Si veda pure M. TROMBINO, *op. cit.*, p. 199 ss.; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto, II, L'età moderna*, Bari-Roma, 2020, p. 237 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2016, p. 416 ss.; R. BIN, *Rapporti tra poteri nello Stato di diritto del secolo XXI*, in *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e historia constitucional*, 8, 2014, p. 121 ss.; N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in *Dizionario di politica*, Torino, 1983.

<sup>84</sup> G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto, I, Antichità e medioevo*, Bari-Roma, 2020, pp. 79-80; N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2016, p. 41 ss.

In particolare, LOCKE, superate le idee giovanili in cui manifestava simpatia verso le tendenze assolutistiche di chiara derivazione hobbesiana<sup>85</sup>, nei *Due trattati sul Governo* del 1690, distingueva tra potere legislativo, potere esecutivo e potere federativo, quest'ultimo volto a stipulare trattati, a stringere alleanze e a muovere la guerra. In LOCKE il potere giudiziario era considerato una branca del potere esecutivo<sup>86</sup>.

MONTESQUIEU, invece, pur riprendendo le concezioni di LOCKE, riteneva che in ogni Stato vi sono tre poteri: il potere legislativo, in base a quale «il principe, o il magistrato, fa le leggi per un certo tempo o per sempre, e corregge o abroga quelle che sono già state fatte»; il potere esecutivo, in forza del quale «fa la pace o la guerra, invia o riceve ambasciate, stabilisce la sicurezza, previene le invasioni»; il potere giudiziario che «punisce i delitti o giudica le controversie dei privati»<sup>87</sup>.

Tali poteri, quindi, devono essere separati. MONTESQUIEU, infatti, guardando al modello inglese, supera la concezione di HOBBS della concentrazione dei poteri<sup>88</sup>.

Lo scopo è quello di far sì che «il potere arresti il potere»<sup>89</sup>.

Orbene, il principio della separazione dei poteri, come è noto, ha trovato affermazione in gran parte degli ordinamenti giuridici europei moderni – se pur non in tutti, si pensi, ad esempio, all'ordinamento dello Stato Città del Vaticano, in cui il Papa è un monarca assoluto – nonché anche in esperienze extra-europee, come quella americana.

Come affermato da uno dei maggiori autorevoli studiosi sul tema, ossia G. SILVESTRI, «separazione dei poteri significa indipendenza e controllo reciproco tra gli stessi, in modo da porre al centro del sistema della legge, in quanto norma generale indifferente alle sorti degli esseri umani concreti, cui però assicura la possibilità di una tutela effettiva dei diritti previsti dalla legge stessa»<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> In tal senso G. FASSÒ, *op. cit.*, p. 153 ss. che cita in tema le seguenti opere del 1660-1662: *Saggi sul diritto naturale* e i due trattati sul magistrato civile.

<sup>86</sup> J. LOCKE, *Two treatises of government*, 1690, Cap. XII.

<sup>87</sup> Così C. L. MONTESQUIEU, *op. cit.*, Libro XI, Cap. VI.

<sup>88</sup> Sul punto cfr. anche M. TROMBINO, *op. cit.*, p. 201 ss.

<sup>89</sup> Così C. L. MONTESQUIEU, *op. cit.*, Libro XI, Cap. VI.

<sup>90</sup> Così G. SILVESTRI, *Lo Stato di diritto*, cit., p. 2.

Conseguenza della separazione dei poteri, è il principio di legalità e l'indipendenza del potere giudiziario, in quanto tutti i poteri devono agire secondo la legge e i diritti dei cittadini devono trovare tutela dinnanzi ad un giudice terzo e imparziale<sup>91</sup>.

SILVESTRI, tuttavia, nota che la rigida separazione dei poteri teorizzata da MONTESQUIEU non risulta essere sufficiente al fine di garantire la libertà, in quanto il potere legislativo, privo di qualsiasi vincolo nel decidere il contenuto della legge, potrebbe provocare la prevalenza di un interesse particolare sull'altro arbitrariamente.

La tesi sembra richiamare il dibattito di cui si è dato ampiamente conto più volte nel corso della trattazione relativo alla questione del diritto "iniquo" che ha caratterizzato gli ordinamenti europei fino all'avvento dello Stato costituzionale, basati sulle concezioni del giuspositivismo<sup>92</sup>.

Occorre, quindi, che i poteri trovino dei vincoli.

Tali vincoli nello Stato costituzionale, come tra l'altro sostenuto dallo stesso SILVESTRI, sono: il rispetto dei principi costituzionali, il bilanciamento fra i diritti costituzionali e il ruolo di garanzia svolto dalla Corte costituzionale<sup>93</sup>.

Il rispetto dei principi costituzionali, infatti, comporta che il legislatore non possa a suo piacimento decidere come legiferare, ma nel farlo dovrà sempre tenere conto dei valori espressi dal testo costituzionale. Come detto più volte, un "divieto di ingresso" al diritto "iniquo".

Il bilanciamento fra i diritti, invece, impedisce che si verifichi la prevalenza assoluta, sempre e comunque, di un valore su altro, frutto della volontà della mera maggioranza politica, compromettendo del tutto gli altri valori.

In altri termini, il rischio che si determini la c.d. "tirannia dei valori" teorizzata da C. SCHMITT<sup>94</sup>.

La Corte costituzionale, infine, svolge l'importante ruolo di chiusura dell'ordinamento, dettando l'ultima parola sia quando è chiamata a decidere della legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, che quando è chiamata a risolvere un conflitto di attribuzione (art. 134 Cost.).

---

<sup>91</sup> Ibidem.

<sup>92</sup> In particolare, cfr. Cap. I, §§ 1 e 6, Cap. VII, § 1, nonché *supra* § 1.

<sup>93</sup> Ibidem.

<sup>94</sup> C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, in G. GURISATTI (a cura di), Milano, 2008.

Orbene, il suesposto principio, “l’arresto del potere al potere”, come detto, sembra essere posto in discussione in alcuni casi oggetto di trattazione.

In particolare, una prima problematica riguarda la questione inerente all’accoglimento nell’ordinamento CEDU e in quello dell’Unione europea della c.d. “riserva di diritto” al posto della classica “riserva di legge”<sup>95</sup>.

Si è visto, infatti, che tali ordinamenti sovranazionali – come sottolineato in dottrina con particolare riferimento alla CEDU (G. AMARELLI) – si disinteressano alla tripartizione dei poteri accolta negli ordinamenti statali<sup>96</sup>.

Il diritto sovranazionale, inoltre, essendo un “momento di conciliazione” tra sistemi di *Civil law* e sistemi di *Common law*, accoglie una nozione ampia di legge, prevenendo la possibilità a che a produrre legge siano anche i giudici<sup>97</sup>.

Come si è detto, ciò accade anche in ambito penale, secondo quando disposto all’art. 7 CEDU e all’art. 49 CDFUE<sup>98</sup>.

Nell’ordinamento sovranazionale non rileva l’organo da cui proviene la legge penale, ma ciò che conta è soltanto che la legge sia “accessibile” e “prevedibile”<sup>99</sup>.

Si è visto, tuttavia, che l’Italia, fino ad oggi, ha rifiutato l’accoglimento di tale impostazione, in quanto, in base al nostro ordinamento, la legge deve provenire soltanto dagli organi dotati di potestà normativa e, soprattutto in ambito penale, tendenzialmente da organi democraticamente eletti<sup>100</sup>.

L’accoglimento di tale concezione, infatti, potrebbe comportare seri problemi in ordine al rispetto del principio di separazione dei poteri e della riserva di legge penale, in cui deve essere presente un legislatore che effettua la scelta e un giudice indipendente e terzo che ne garantisca, attraverso l’interpretazione, la sua applicazione.

I giudici, infatti, non sono organi democraticamente eletti competenti ad effettuare scelte legislative, soprattutto in ambito penale alla luce della *ratio* della riserva di legge.

---

<sup>95</sup> Cfr. Cap. IV, § 3 e Cap. V, § 2.

<sup>96</sup> Cfr. Cap. IV, § 3.

<sup>97</sup> Cap. IV, § 3 e Cap. V, § 2.

<sup>98</sup> Ibidem.

<sup>99</sup> Ibidem.

<sup>100</sup> Cap. IV, § 3 e 3.1, nonché Cap. III, § 3.

Si pensi, ad esempio, ai problemi che potrebbero scaturire in presenza di un mutamento giurisprudenziale, che, alla luce di quanto detto, non dovrebbe più essere considerato un mero orientamento interpretativo, ma legge abilitata a mutare l'ordinamento. Della questione, si è visto, se ne è occupata anche la Corte costituzionale<sup>101</sup>.

Oppure si pensi ai problemi che potrebbero scaturire nell'ordinamento nazionale dall'accoglimento di tale impostazione in assenza di una cultura del precedente nella nostra tradizione di *Civil law* e, dunque, di regole precise volte a superare o non applicare lo *stare decisis* quando lo richiederebbero esigenze di ragionevolezza o ragioni di opportunità<sup>102</sup>.

L'ordinamento nazionale, però, come anticipato, fino ad oggi ha rifiutato di accogliere tale impostazione.

Ciò non significa, tuttavia, che il problema del rispetto del principio della riserva di legge penale e del principio della separazione dei poteri non si sia posto anche per effetto di scelte operate a livello nazionale da parte della giurisprudenza ordinaria e costituzionale.

Nel corso della trattazione, infatti, si è visto che in alcune ipotesi è lo stesso legislatore ad attribuire poteri discrezionali in ambito al giudice. Si tratta, dunque, di ipotesi espressamente previste da istituti di diritto positivo<sup>103</sup>.

Tali casi rispondono a diverse esigenze: come, ad esempio, quella di individualizzare la pena al disvalore penale del fatto; quella di colmare lacune normative intenzionali e necessarie; quella di soddisfare esigenze di opportunità politica o ragioni di indulgenza del legislatore nelle ipotesi di reato di minore allarme sociale<sup>104</sup>.

Si è visto, in proposito, che in dottrina sono state proposte diverse classificazioni delle ipotesi di discrezionalità penale previste negli istituti di diritto positivo. In particolare, sono state esaminate le tesi di S. MESSINA, F. CORDERO, F. BRICOLA, A. R. LATAGLIATA, A. M. STILE, E. DOLCINI, R. SATURNINO e G. CARUSO<sup>105</sup>.

---

<sup>101</sup> Cap. IV, § 3 e Cap. III, § 3.

<sup>102</sup> Cap. IV, § 3.

<sup>103</sup> Cfr. Cap. VI.

<sup>104</sup> Cfr. Cap. VI, §§ 1, 3 e 4.

<sup>105</sup> Cfr. Cap. VI, §§ 1 e 2.

Si è preferito accogliere quelle concezioni che affermano la presenza di un nucleo comune a tutti i casi di discrezionalità penale e, al contempo, la presenza per i singoli casi di una specifica *ratio*<sup>106</sup>.

A tal proposito, inoltre, è stata proposta da chi qui scrive una nuova classificazione della discrezionalità penale, distinguendola in “pura” e “impura”: la discrezionalità “pura” è stata ravvisata in quei casi «il legislatore attribuisce, espressamente o implicitamente, al giudice un autentico potere di scelta in ordine ad una data situazione giuridica concreta, limitandosi, al più (ma non sempre), ad indicare i criteri o i limiti che l’organo giudicante dovrà seguire nell’esercizio dell’attività discrezionale»; la discrezionalità “impura”, invece, si è detto che risulta «legata alla presenza di un difetto intenzionale di tipicità della norma da parte del legislatore, purché sorretta da una ragione giustificatrice, che permette al giudice di esercitare la propria attività discrezionale nell’opera di interpretazione della legge»<sup>107</sup>.

In tema di discrezionalità impura, inoltre, si è avvertito che, per appurare l’intenzionalità o meno del difetto di tipicità, occorre verificare caso per caso, attraverso l’opera interpretativa – ad esempio avvalendosi dei lavori preparatori della norma – in quale situazione rientri la disposizione oggetto d’esame. Se, infatti, il difetto non risulterà intenzionale, è certo che trattasi di una violazione del principio di tipicità e non di una ipotesi di discrezionalità<sup>108</sup>.

Orbene, chiarito ciò, si è visto che le ipotesi di discrezionalità di diritto positivo, se appaiono ragionevoli e finalizzate a soddisfare importanti esigenze di politiche criminali, non comportano alcuna violazione del principio di legalità<sup>109</sup>.

Non comportano, in particolare, alcuna violazione del principio della riserva di legge, né dei diversi principi di tipicità e di determinatezza, corollari della legalità penale, che rappresentano - come chiarito da autorevole dottrina (G. FIANDACA e E. MUSCO) - l’altra faccia della medaglia della riserva di legge in materia penale, in quanto una legge primaria che avesse un contenuto generico violerebbe la *ratio* garantista da essa espressa<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup> Ibidem.

<sup>107</sup> Così Cap. VI, § 1.

<sup>108</sup> Ibidem.

<sup>109</sup> Cfr. Cap. VI, §§ 1, 3 e 4.

<sup>110</sup> Cfr. Cap. VI, § 1, nonché Cap. II, § 1 e Cap. III, § 1.

Sono stati esaminati, infatti, i diversi e numerosi casi di discrezionalità pura e impura e per ciascuna si è proceduto ad evidenziarne la *ratio* e a sottolinearne la loro legittimità costituzionale alla luce del principio di legalità penale. Sul punto si rinvia per le singole ipotesi all'apposita sede<sup>111</sup>.

Di conseguenza, nessun problema può porsi con la separazione dei poteri, anche alla luce del fatto che è lo stesso legislatore ad attribuire poteri discrezionali al giudice.

A diverse conclusioni, invece, si è giunti in ordine alle ipotesi di superamento da parte della giurisprudenza dei limiti previsti dalla legge in tema di interpretazione del diritto penale<sup>112</sup>.

Si è visto, infatti, che in numerosi casi la giurisprudenza sembra essere andata oltre il proprio ruolo e abbia dato luogo a ipotesi di giurisprudenza "creativa".

Tali casi sono stati esaminati ampiamente – e anche in questo caso qui si rinvia all'apposita sede di trattazione - sia con riferimento a quelli in cui è stata avanzata una interpretazione "creativa" *sfavorevole* al reo, che in quelli in cui è stata fornita una interpretazione "creativa" *favorevole* al reo<sup>113</sup>.

Nel primo caso sono stati ravvisati dei problemi in ordine al rispetto del principio di legalità, sia sotto il profilo della riserva di legge che sotto quello della tipicità. Nel secondo caso, invece, il superamento dei limiti, pur non dando generalmente luogo alla violazione di tali corollari della legalità, è stata ravvisata comunque in talune occasioni una interferenza indebita nelle scelte di competenza del legislatore<sup>114</sup>.

In entrambi le situazioni, di conseguenza, sembra possa ravvisarsi anche una violazione del principio di separazione dei poteri.

Sebbene, infatti, la giurisprudenza nei casi esaminati pare abbia agito a causa dei problemi che scaturiscono dalla c.d. "crisi della legge" - comportante, come detto, una incapacità del legislatore di disciplinare in modo adeguato alcune esigenze di politica criminale<sup>115</sup> - sembra che l'opera della giurisprudenza non

---

<sup>111</sup> Cfr. Cap. VI, §§ 3 e 4.

<sup>112</sup> Cfr. Cap. VII.

<sup>113</sup> Cfr. Cap. VII, §§ 4 e 5.

<sup>114</sup> Ibidem.

<sup>115</sup> Cfr. Cap. VII, § 1, nonché *supra* § 1.



possa essere giustificata alla luce del principio della separazione dei poteri, ossia di uno dei principi cardine dello Stato costituzionale di diritto.

Ipotesi di sconfinamento del proprio ruolo, come anticipato, si sono avuti anche in sede di sindacato sulle norme penali operato dalla Corte costituzionale<sup>116</sup>.

In particolare, quando si è trattato del tema, è stato evidenziato che la Corte costituzionale, dopo un periodo di chiusura in ordine all'esercizio di un sindacato costituzionale *in malam partem* sulle norme penali, ha condivisibilmente ritenuto di effettuarlo, al fine di non creare «zone franche» dell'ordinamento dal controllo di costituzionalità<sup>117</sup>.

Nel fare ciò, tuttavia, si è visto che la Consulta ha corredato il sindacato con una serie di garanzie volte a tutelare il reo colpito *in malam partem* dalla pronuncia di incostituzionalità della norma penale<sup>118</sup>. Si pensi, ad esempio, ai limiti che incontra l'applicazione della sentenza nei confronti di chi ha commesso il fatto sotto la vigenza della norma penale di favore (o favorevole) poi dichiarata incostituzionale<sup>119</sup>.

Non sempre, però, tali garanzie hanno evitato una erosione della riserva di legge. Ciò si è verificato, in particolare, quando la Corte costituzionale si è occupata dell'inadempimento sopravvenuto del diritto dell'UE da parte del legislatore nazionale. Vi era, infatti, originariamente una norma conforme ai precetti europei che poi era stata abrogata e sostituita con un'altra norma più favorevole al reo ritenuta non più in linea con il diritto dell'UE. La Corte, in tale occasione, come si è detto, ha dichiarato incostituzionale la norma sopravvenuta più favorevole al reo e ha ripristinato la vigenza della norma meno favorevole<sup>120</sup>.

Così facendo, però, ha invaso la sfera discrezionale riservata al legislatore in materia penale. È vero, infatti, che se la Corte costituzionale non avesse proceduto in tale modo, ciò avrebbe potuto luogo a responsabilità internazionale, ma anche vero che sarebbe stato maggiormente conforme alla riserva di legge in materia penale rimettere al legislatore la scelta se adeguarsi al diritto dell'Unione europea o incorrere il rischio dell'avvio della procedura di infrazione.

---

<sup>116</sup> Cfr. Cap. VIII.

<sup>117</sup> Cfr. Cap. VIII, § 1.

<sup>118</sup> Cfr. Cap. VIII, §§ 1 e 1.1.

<sup>119</sup> Cfr. Cap. VIII, § 1.1.

<sup>120</sup> Cfr. Cap. VIII, § 1.1 e Cap. V, § 5.

Si è visto, inoltre, che il sindacato di costituzionalità è stato effettuato anche in *bonam partem*<sup>121</sup>.

Orbene, con riferimento a tale sindacato, tuttavia, pur non ravvisando alcuna erosione della riserva di legge penale, talvolta, si è detto che la Corte costituzionale pare essere andata oltre le proprie competenze, effettuando scelte di politica legislativa in violazione del disposto di cui all'art. 28, l. n. 87/1953<sup>122</sup>.

Ciò, in particolare, sembra si sia verificato quando la Corte costituzionale si è occupata del tema della proporzionalità delle pene oppure nel già più volte citato caso *Cappato*<sup>123</sup>.

Nel primo caso, infatti, la Corte costituzionale ha proceduto ad individuare essa stessa direttamente la pena del reato proporzionata al disvalore del fatto in luogo di quella dichiarata incostituzionale perché non proporzionata<sup>124</sup>.

L'esercizio di politica legislativa da parte della Consulta, effettuato a causa della inerzia del legislatore, sembra si sia avuto sia nei casi in cui la scelta sia stata operata "a rime obbligate", ossia in quelle situazioni in cui la Corte è riuscita ad individuare la pena in una disposizione assunta a *tertium comparationis*, che, soprattutto, nei casi in cui la Corte ha individuato una pena "a rime non obbligate" tra una delle possibili soluzioni al problema in base a sufficienti e seri indici emergenti dal sistema normativo<sup>125</sup>.

Si sono visti, in aggiunta, anche i problemi analoghi che potrebbero scaturire dal connesso e recentissimo problema delle c.d. "pene naturali" sollevato dall'ordinanza 20 febbraio 2023 del Tribunale di Firenze<sup>126</sup>.

Nel caso *Cappato*, invece, la Corte costituzionale, dopo avere invitato più volte il legislatore a legiferare in tema di aiuto al suicidio di soggetto che si trova in una situazione di salute grave e irreversibile, ha effettuato essa stessa la scelta di abrogare il reato in tali situazioni. Ancora una volta, quindi, la Consulta sembra

---

<sup>121</sup> Cfr. Cap. VIII, § 2.

<sup>122</sup> Cfr. Cap. VIII, §§ 2, 3 e 4.

<sup>123</sup> Cfr. Cap. VIII, § 3.

<sup>124</sup> Ibidem.

<sup>125</sup> Ibidem.

<sup>126</sup> Cfr. Cap. VIII, § 3.1.

avere effettuato scelte di politiche criminali al fine di colmare l'inerzia del legislatore<sup>127</sup>.

L'attività di esercizio di politica legislativa da parte della Corte costituzionale è stata ravvisata anche in quei casi in cui ha operato una interpretazione tassativizzante di alcune disposizioni penali di dubbia tipicità e determinatezza, di solito dovuta alla scarsa tecnica legislativa adoperata dal legislatore, nell'intento di salvarle dalla dichiarazione di incostituzionalità<sup>128</sup>.

Al fine di porre rimedio ai suddetti casi, si è visto che “una nuova luce in fondo al tunnel” potrebbe essere rappresentata dalla nuova tecnica decisoria adoperata dalla Corte costituzionale delle ordinanze con rinvio a data fissa con cui l'incostituzionalità è «prospettata ma non dichiarata»<sup>129</sup>.

Con tale tecnica decisoria, infatti, la Corte costituzionale avverte il legislatore dell'incostituzionalità di una disposizione e lo invita ad intervenire in tema. Soltanto nel caso in cui rimarrà inerte la Consulta procederà ad accogliere la questione sollevata dal giudice *a quo*.

Sembra, quindi, che la suddetta tipologia di ordinanza possa attenuare in futuro le dovute indebite intrusioni della Corte costituzionale nella sfera di competenza del legislatore, così da potere ritornare sulla retta via.

Orbene, dalla suddetta disamina, si nota che le violazioni della riserva di legge congiuntamente o disgiuntamente a quello della separazione dei poteri risultano essere molteplici.

Ciò appare pericoloso.

Il principio di separazione dei poteri, infatti, è una scelta di fondo dell'ordinamento costituzionale che deve essere rispettato anche quando esigenze importanti richiederebbero il suo superamento.

Non è compito, infatti, del potere giudiziario o della Corte costituzionale decidere cosa o come legiferare, perché altrimenti verrebbe meno il delicato equilibrio tra poteri delineato dalla Costituzione e si rischierebbe, come più volte ribadito, il complesso dell'EDIPO Re: giudice e legislatore di se stesso<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> Cfr. Cap. VIII, § 3.

<sup>128</sup> Cfr. Cap. VIII, § 4.

<sup>129</sup> Cfr. Cap. VIII, § 5.

<sup>130</sup> Cfr. Cap. I, § 6 e Cap. VII, § 1.

Se ben si comprendono, infatti, le ragioni che hanno spinto la giurisprudenza ordinaria e quella costituzionale in tale modo, occorre, ad avviso di chi scrive, porre rimedio alla situazione al fine di garantire la tenuta dell'ordinamento e ciò risulta possibile soltanto individuando le cause radice del problema. Si è tentato di farlo, non è detto però che l'intento sia perfettamente riuscito, all'inizio del presente Capitolo.

### **5. Il problema dei problemi: l'erosione della riserva di legge penale e la fondamentale logica di compromesso che emerge dall'impianto costituzionale**

Nel corso dell'intera trattazione è stato appurato che la concezione classica della riserva di legge in materia penale è stata sottoposta – sia sul piano interno che per effetto delle influenze sovranazionali – ad un significativo processo di erosione, che ha comportato nel tempo un ridimensionamento del ruolo del Parlamento e un conseguente ampliamento dei poteri di altri poteri o organi nazionali o sovranazionali.

Le diverse erosioni riscontrate, come si è visto, hanno provocato, talvolta, dei problemi in ordine ai rapporti tra il Parlamento e gli altri poteri o organi che intervengono in materia penale.

L'alterazione di tali singoli rapporti, a sua volta, sembra alterare nel suo complesso la logica di compromesso che caratterizza il nostro impianto costituzionale: compromesso tra valori diversi, compromesso nei rapporti tra i diversi poteri o organi dello Stato, compromesso nel porre dei limiti alla sovranità nazionale attribuendo poteri agli organi sovranazionali.

La concezione classica della riserva di legge in materia penale, infatti, come si è detto più volte, è volta ad attribuire, per quanto ragionevolmente possibile, il potere di legiferare in materia penale al Parlamento, organi democraticamente eletto, che decide dopo un serio dibattito tra gli interessi e i valori che rilevano in tema ed espressi dalle varie forze di maggioranza e minoranza parlamentare.

Ciò comporta che la legge penale sia, più di qualsiasi altra legge, in virtù della natura della riserva di legge di cui all'art. 25 della Costituzione, frutto della logica di compromesso tra interessi e valori contrapposti, ossia sintesi del dibattito.

Cosa che, invece, non accade – o, comunque, non accade in egual maniera – quando ad esercitare la potestà normativa penale sono altri organi dello Stato, come, ad esempio, il Governo o le Regioni.

Il dibattito parlamentare, inoltre, si riduce quando questo appare essere “a rime obbligate” in virtù dei dettami sovranazionali in materia penale. Anche in questo caso, la logica di compromesso tra interessi contrapposti presenti in Parlamento.

Gli interessi contrapposti, infine, non trovano il dovuto rilievo quando a “legiferare” è direttamente il potere giudiziario, nelle occasioni in cui, anziché limitarsi ad “interpretare la legge”, sembra muoversi nei diversi binari della “giurisprudenza creatrice”.

L’alterazione della logica di compromesso tra valori, a sua volta si traduce nell’alterazione della logica di compromesso nei rapporti tra i diversi poteri o organi dello Stato e di quella nei rapporti tra lo Stato e gli organi sovranazionali.

Ancora una volta la tenuta dell’ordinamento sembra essere messa in pericolo.

È proprio tale logica del compromesso, infatti, tra “visioni” diverse della società, che trovano espressione e tutela giuridica nell’ordinamento, che sembra avere permesso la sopravvivenza dell’ordinamento costituzionale attuale per un lungo periodo.

La storia, d’altronde, ci insegna che la logica del compromesso è quella che garantisce una più longeva sopravvivenza di qualsiasi fenomeno storico o politico.

Laddove è venuta meno la logica del compromesso, è venuto meno il fenomeno.

Evidenziando qualche esempio al riguardo, e le grandi monarchie assolutistiche dell’Europa continentale finirono perché non seppero adattarsi alle richieste di libertà dell’epoca<sup>131</sup>.

La monarchia inglese, invece, è riuscita a sopravvivere fino ai giorni nostri perché ha saputo adattarsi ai nuovi fenomeni politici susseguitesesi nel corso della storia<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> Cfr., per tutti, R. AGO, V. VIDOTTO, *Storia moderna*, Bari-Roma, 2021, pp. 137-152, 174-218, 262-289, 317-341.

<sup>132</sup> *Ibidem*.

Lo Stato liberale italiano trovò il suo declino, divenendo uno Stato totalitario, perché non ha saputo fornire adeguata risposta alle richieste provenienti dalle masse<sup>133</sup>.

I movimenti e i partiti politici più longevi nella Storia d'Italia repubblicana e pre-repubblicana sono stati quelli che hanno saputo attuare la logica del compromesso con le forze partitiche opposte. Un caso esemplare al riguardo è rappresentato dalla storia dei Partiti più importanti della c.d. Prima Repubblica<sup>134</sup>.

La logica del compromesso, quindi, sembra essere la migliore soluzione alla sopravvivenza dell'ordinamento giuridico.

Detto ciò, occorre interrogarsi sulla possibile soluzione al problema o, comunque, sui modi per attenuarne gli effetti.

Pur consapevoli delle difficoltà che potrebbero riscontarsi nel rinvenire soluzioni ad una questione di così ampia importanza, nel paragrafo che seguirà si tenterà di evidenziare quella che – pur non essendo la panacea di tutti i mali – sembra maggiormente efficace al riguardo e che pare possa andare verso la giusta direzione.

## **6. Una soluzione *de iure condendo* (ma non troppo): una nuova forma di governo per la Repubblica italiana**

Le problematiche rilevate nel corso della trattazione pare possano trovare una soluzione efficace nel mutamento della forma di governo italiana<sup>135</sup>.

Una riforma della forma di governo italiano che tenda verso il presidenzialismo o il semipresidenzialismo o, comunque, a rafforzare il ruolo del Presidente del Consiglio dei Ministri, potrebbe risultare efficace anche per risolvere le questioni legate al processo di erosione della riserva di legge in materia penale.

---

<sup>133</sup> In tema, in particolare, si veda E. GENTILE, *Il fascismo in tre capitoli*, Bari-Roma, 2023, p. 11 ss.

<sup>134</sup> Per tutti, M. L. SALVADORI, *Storia d'Italia. Il cammino tormentato di una nazione. 1861-2016*, Torino, 2018.

<sup>135</sup> Per una ampia disamina della forma di governo italiano e degli altri modelli di forma di governo, per tutti, G. PITRUZZELLA, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Bari-Roma, 1998; L. ELIA, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, XIX, 1970, p. 634 ss.

Con un maggiore ruolo del Capo del Governo, infatti, potrebbe, innanzitutto, attenuarsi il problema della crisi dei partiti, che è causa, come abbiamo visto, della crisi della legge parlamentare.

L'incapacità delle forze parlamentari, causata dalla loro debolezza, di prendere decisioni importanti in campo penale, ha comportato, come si è visto, l'aumento esponenziale del ruolo di organi diversi, come i giudici o la Corte costituzionale.

L'elezione di un Presidente eletto dal popolo – e, dunque, espressione democratica degli elettori – potrebbe: da un lato, rafforzare la volontà politica delle forze di maggioranza; dall'altro, consentire di perseguire un indirizzo politico ben definito e con fondamenta solide.

Ciò, di conseguenza, permetterebbe, di effettuare nuovamente delle scelte politiche in modo chiaro, anche se oggetto di vivaci discussioni e significative divisione nel Paese, senza che queste debbano essere effettuate, perché costretti da un Parlamento inerte, da organi non democraticamente eletti: vale a dire, i giudici e la Corte costituzionale.

Permetterebbe, inoltre, una produzione legislativa più razionale e meno frammentata, sarebbe più semplice, infatti, ricondurre a unità le numerose leggi italiane sui più disparati argomenti.

Un governo con un Presidente del Consiglio dei Ministri forte, permetterebbe, altresì, di avere un ruolo dell'Italia rafforzato anche in sede europea e le principali questioni che si sono poste e che si porranno in ambito penale – che, come si è visto, sono state perlopiù risolte dalla giurisprudenza e non dal legislatore – potrebbero trovare una soluzione di compromesso da parte dei competenti organi democratici del Paese.

Un governo forte, infatti, potrebbe esercitare maggiore pressione affinché gli interessi nazionali non si debbano più scontrare frontalmente con quelli europei.

Come sottolineato da M. FIORAVANTI, inoltre, «Non si deve in democrazia aver paura della forza dell'autorità se si è capaci, con il medesimo atto con cui s'istituisce quell'autorità, d'istituire anche il corrispondente potere di garanzia»<sup>136</sup>.

I tre poteri dello Stato, in altri termini, tornerebbero ad avere una maggiore distinzione di ruoli, accanto ai quali vi sarebbe la figura del Presidente della

---

<sup>136</sup> Così M. FIORAVANTI, *Introduzione*, in N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2016, p. 17.

Repubblica nel suo ruolo di rappresentante dell'unità nazionale e di garante della Costituzione.

La soluzione, come si è già anticipato, potrebbe non rappresentare la panacea di tutti i mali, tuttavia, appare l'unica efficace, in quanto capace di fornire una risposta di sistema a un problema che non si esaurisce nella violazione della riserva di legge in materia penale, ma che mette in discussione le fondamenta dello Stato costituzionale di diritto.

L'Italia di oggi, infatti, non è più il Paese degli anni in cui fu approvata la Costituzione repubblicana e l'attuale forma di governo parlamentare non è più capace di rispecchiare le istanze del popolo<sup>137</sup>.

Gli attuali rappresentanti hanno perso gran parte della loro rappresentatività. Ciò, a sua volta, è causa della crisi dei rappresentati, i quali, riprendendo una citazione dantesca, divengono passeggeri di una “*nave senza nocchiere in gran tempesta*”<sup>138</sup>.

Invero, l'esigenza di avere un governo forte era stata già avvertita in seno all'Assemblea costituente con il noto ordine del giorno PERASSI, con cui si manifestava la necessità di introdurre meccanismi «idonei a tutelare le esigenze dell'azione di governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo»<sup>139</sup>.

Come notato da I. A. NICOTRA, tuttavia, «il mutato clima internazionale, con le prime avvisaglie della guerra fredda e delle tensioni geopolitiche tra gli Stati Uniti e Unione sovietica, orientò le scelte costituzionali [...] [in modo diverso]»<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> A tal proposito, si vedano le interessanti considerazioni di F. GIUFFRÈ (intervista a cura di M. DE FEUDIS), *La svolta presidenzialista antidoto alla crisi dei partiti*, in *La Gazzetta del Mezzogiorno*, 10 maggio 2023, il quale, in particolare osserva che l'esigenza di una riforma costituzionale in tema nasce «Da una circostanza precisa: la nostra Costituzione era fondata su alcuni pilastri. Tra questi assumeva una rilevanza fondamentale il partito politico. Non dimentichiamo che sul finire della seconda guerra mondiale e nel corso della guerra civile la continuità dello Stato fu assicurata proprio dai partiti. Nel momento in cui i costituenti scrissero la Carta, la fondarono su una cinghia di trasmissione costituita dalle organizzazioni politiche, fortemente legittimate nella comunità e profondamente radicate nel territorio. Questo elemento per una serie di circostanze, a partire dagli anni novanta, si è trasformato sensibilmente e per tale ragione la nostra forma di governo è divenuta instabile e in qualche misura “claudicante”».

<sup>138</sup> Così D. ALIGHIERI, *La divina commedia. Purgatorio*, Canto VI, vv. 76-78.

<sup>139</sup> Presentato nella Seconda Sottocommissione per la Costituzione il 4 settembre 1946 e votato il 5 settembre 1949.

<sup>140</sup> Così I. A. NICOTRA, *Per un governo di legislatura*, in AA. VV., *Riforme istituzionali e forme di governo. Un confronto*, in *Paper di federalismi*, 7 giugno 2023, p. 7.



Negli anni, già con la legge elettorale del 1953, ma soprattutto a partire dalla Commissione BOZZI (IX legislatura 1983-1987), si è tentato di apportare delle modifiche volte a rafforzare il ruolo del Presidente del Consiglio, ma tali prospettive di riforma della forma di governo non hanno mai trovato concreta attuazione per svariate ragioni<sup>141</sup>.

Nell'attuale XIX legislatura, tuttavia, sembra che i tempi siano ormai maturi per procedere in tale direzione, grazie alla presenza di un Esecutivo politicamente più compatto rispetto a quelli precedenti. Si è così iniziato a discutere nuovamente di una riforma costituzionale finalizzata a modificare l'attuale forma di governo e a rafforzare il ruolo del Capo di Governo.

A tal proposito autorevole dottrina costituzionalistica ha già avviato il dibattito sul tema, in occasione del seminario “Riforme istituzionali e forma di governo. Un confronto”, tenutosi al CNEL il 17 maggio 2023. Orbene, dalla pubblicazione dei relativi atti, emerge che le proposte istituzionali guardino, in prevalenza, al modello del premierato inglese oppure alla forma di governo neoparlamentare, con l'elezione diretta del Presidente del Consiglio e l'introduzione – come in Germania – dell'istituto della sfiducia costruttiva<sup>142</sup>.

La forma di governo neoparlamentare, tra l'altro, potrebbe ben conciliare le esigenze attuali del Paese – ossia la necessità di avere un Governo più forte – con la nostra storia istituzionale.<sup>143</sup>

Tale forma di governo, inoltre, come notato da A. POGGI, potrebbe porre rimedio alla crisi della democrazia dei partiti, rafforzare i poteri del Presidente del Consiglio sulla sua maggioranza, garantire un ruolo di minore debolezza dell'Italia in sede europea e internazionale ed evitare – come avvenuto negli ultimi anni – che il Presidente della Repubblica sia costretto «a fare continuamente da stampella al Presidente del Consiglio [...]».

Un'altra soluzione, ad esempio, potrebbe essere il “Presidenzialismo alternate” o “a due motori”, proposto da G. SARTORI nell'ormai celeberrimo volume *Ingegneria costituzionale comparata*, ossia di un Presidenzialismo che

---

<sup>141</sup> Per una visione più ampia dei vari tentativi di riforma si vedano I. A. NICOTRA, *op. cit.*, p. 6 ss.; A. POGGI, *Perché e a che condizioni l'elezione diretta del Presidente del Consiglio può essere utile alla razionalizzazione della forma di governo parlamentare*, in AA. VV., *Riforme istituzionali e forme di governo. Un confronto*, in *Paper di federalismi*, 7 giugno 2023, p. 4 ss.

<sup>142</sup> AA. VV., *Riforme istituzionali e forme di governo. Un confronto*, in *Paper di federalismi*, 7 giugno 2023.

<sup>143</sup> In tal senso anche A. POGGI, *op. cit.*, p. 2 ss.

entra in funzione *se e quando* la forma di governo parlamentare di un Paese inizia a non funzionare, entrando in una fase di stallo<sup>144</sup>.

La scelta tra le possibili soluzioni potrà avvenire soltanto dopo un attento studio della situazione politica italiana.

È sottinteso, inoltre, che la riforma della forma di governo necessita anche della riforma della legge elettorale<sup>145</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, sembra che la riforma della attuale forma di governo possa rappresentare una soluzione efficace anche per i problemi che scaturiscono dalla progressiva erosione della riserva di legge penale. Soltanto così, infatti, si potranno avere: delle forze politiche più forti capaci di orientarsi e di saper effettuare delle scelte anche in merito alle questioni maggiormente spinose per il Paese; un ruolo di maggiore importanza istituzionale in sede sovranazionale; l'abbandono da parte dei giudici dei binari della giurisprudenza "creativa" e il ritorno su quelli dell'interpretazione della legge nei limiti da essa previsti<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata*, Bologna, 2013, p. 167 ss.

<sup>145</sup> Ivi, p. 15 ss.

<sup>146</sup> In tal senso A. POGGI, *op. cit.*, p. 2 ss.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AA.VV., *Riforme istituzionali e forme di governo. Un confronto*, in *Paper di federalismi*, 7 giugno 2023;

AA.VV., *Dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana. Atti del Seminario (Roma, 25 novembre 2011)*, Milano, 2012;

AA.VV., *Commentario al Codice penale sardo per l'Avv. Diego Taiani*, Roma, 1859;

ACQUARONE A., D'ADDIO M., NEGRI G. (a cura di), *Le Costituzioni italiane*, Milano, 1958;

ACQUARONE A., *La restaurazione nello Stato Pontificio e i suoi indirizzi legislativi*, in *Arch. della Soc. Rom. di Storia Patria*, IX, 1955, p. 119 ss.;

ADAMO G., *Le situazioni giuridiche soggettive garantite dalla CEDU innanzi al giudice amministrativo*, in *Federalismi*, 27, 2021, p. 1 ss.;

AFFANNATO E., *Lo stato di emergenza e i suoi rimedi*, in *Federalismi*, 3, 2022;

AGO R., VIDOTTO V., *Storia moderna*, Bari-Roma, 2021;

AIC (a cura di), *Annuario 2020. Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali. Atti del XXXV Convegno annuale 4 dicembre 2020*, Napoli, 2021;

AINIS M., *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2002;

ALBANESE B., 'Sacer esto', in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 91, 1988, p. 145 ss.;

ALEO S., *Dei giuristi e dintorni*, Padova, 2014, p. 55 ss.;

ALEO S., *Istituzioni di diritto penale. Parte speciale*, Vol. 1, Torino, 2021;

ALEO S., *Il modello dello Stato di diritto e l'epistemologia della complessità*, in *Giustizia insieme*, 2020;

ALEO S., *Codificazione e decodificazione*, Vol. I, Milano, 2019;

ALEO S., LANZA E., *Il sistema penale*, Milano, 2016;

ALEO S., CENTONZE A., LANZA E., *La responsabilità penale del medico*, Milano, 2007;

ALESSI G., *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, in *Quaderni fiorenti per la storia del pensiero giuridico moderno, Principio di legalità e diritto penale*, I, 36, Milano 2007, p. 43 ss.;

ALESSI G., *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, 2001;

ALÌ A., *La guerra e la Costituzione*, in C. CASONATO C. (a cura di), *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione*, Torino, 2010;

ALIGHIERI D., *La divina commedia. Purgatorio*, Canto VI, vv. 76-78;

ALLISON J. E., CLOUD J. D., *The Lex Iulia Maiestatis*, in *Latomus*, 21, 1962, p. 711 ss

ALVAZZI DEL FRATE P., *Legalità e rivoluzione nel settecento razionalista*, in C. STORTI (a cura di), *Le legalità e le crisi della legalità*, Torino, 2016;

AMALFITANO C., *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Riv. AIC*, 1, 18 ottobre 2020;

AMALFITANO C. (a cura di), *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Milano, 2018;

AMALFITANO C., *Il ruolo dell’art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute nel rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di Giustizia?*, in *Forum di Quad. cost.*, 5 ottobre 2016;

AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2018, p. 1046 ss.;

AMARELLI G., *Peculato dell’albergatore: la giurisprudenza esclude l’illegittimità costituzionale della legge di interpretazione autentica, rimuovendo l’ultimo limite alla retroattività della depenalizzazione*, in *Sist. penale*, 15 marzo 2022;

AMARELLI G., *Peculato dell’albergatore: il legislatore chiarisce la retroattività della depenalizzazione del 2020*, in *Sist. penale*, 1° febbraio 2022;

AMARELLI G., *La nuova legittima difesa domiciliare tra abolitio criminis e successione di leggi penali nel tempo*, in *La leg. pen.*, 2020, p. 1 ss.;

AMATI E., *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012;

AMATO G., *Sufficienza e completezza della legge penale*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 497 ss.;

AMATO G., *Rapporti tra norme primarie e secondarie. (Aspetti problematici)*, Milano, 1962;

AMATO S., PASSIONE M., *Il reato di tortura. Un'ombra ben presto sarai: come il nuovo reato di tortura rischia il binario morto*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 15 gennaio 2019;

AMORE A., *Lo stato interventista nello scenario del pnrr: un'organizzazione amministrativa socio sanitaria di natura egualitaria*, in *Persona e Amministrazione*, 9, 2, 2021, p. 317 ss.;

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale I e II*, Milano, 2008;

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2000;

ANTOLISEI F., *L'obbligo giuridico di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, I, 1936, p. 138;

ANTONINI E., *La ultrattività delle leggi penali finanziarie: una questione senza problemi*, in *Giur. cost.*, 1975, p. 2674 ss.;

ANZON A., *L'interpretazione autentica legislativa tra controllo di costituzionalità ed evoluzione del ruolo della legge*, in ANZON A. (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore. Atti del seminario di Roma del 5 ottobre 2000*, Torino, 2001;

APRILE E., SPIEZIA F., *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009;

ARA A., *Lo Statuto fondamentale dello Stato della Chiesa (14 marzo 1848). Contributo dello studio delle idee costituzionale nello Stato pontificio nel periodo delle riforme di Pio IX*, Milano, 1966;

ARANCI M., *I recenti interventi della Corte di giustizia a tutela della rule of law in relazione alla crisi polacca*, in *European papers*, 12 febbraio 2019;

ARCARIA F., *Diritto e processo penale in età augustea. Le origini della cognitio criminale senatoria*, Torino, 2009;

ARISTOTELE, *Politica*, III, 16;

ASTUTI G., *Spirito del diritto longobardo: il processo ordalico*, in A.A.VV., *Atti del convegno internazionale «La civiltà dei Longobardi in Europa»*, Roma, 1974;

AUBERT R., *Il Pontificato di Pio IX (1846-1878)*, Torino, 1970;

AVERARDI A., *La Costituzione «dimenticata» la funzione rieducativa della pena*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 2021, p. 145 ss.;

AZZARITI G. (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2006;

AZZARITI G., *Il principio di irretroattività delle leggi e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Vol. I, Torino, 1960;

BAILO F., *Le sanzioni amministrative punitive e uno “statuto costituzionale” in costruens (tra battute d’arresto e rapide accelerate) nel dialogo tra le Corti*, in *Federalismi*, 31, 2022, p 1 ss.;

BALDUZZI R., SORRENTINO F., voce *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1989, p. 1263 ss.;

BALESTRACCI D., *Stato di assedio. Assediati e assediati dal Medioevo all’età moderna*, Bologna, 2021;

BALLADORE PALLIERI G., *Diritto costituzionale*, Milano, 1959;

BALLADORE PALLIERI G., *Il problema della guerra lecita nel diritto internazionale comune e nell’ordinamento giuridico della Società delle Nazioni*, in *Riv. dir. intern.*, 1930, p. 342 ss.;

BARAK A., *La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l’amministrazione della giustizia*, in *Politica del diritto*, XXXIV, 1, 2003, p. 3 ss.

BARBAGALLO C., *Una misura eccezionale dei Romani, il senatus-consultum ultimum*, Roma, 1900;

BARBERA A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in BARBERA A. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari-Roma, 2020;

BARBERA A., FUSARO C., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2014;

BARGIACCHI P., *Diritto dell’Unione europea. Istituzioni, norme, politiche*, Roma, 2015;

BARILE G., *Costituzione e diritto internazionale. Alcune considerazioni generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 1986, p. 951 ss.;

BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975;

BARLETTA A., *La legalità penale tra diritto dell’Unione europea e Costituzione*, Napoli, 2011;

- BARROCU G., *La Procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Padova, 2021;
- BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012;
- BARTOLI A., *La legalità penale tra diritto dell'Unione europea e Costituzione*, Napoli, 2011;
- BARTOLI R., *Terrorismo, sicurezza e diritto penale*, in FORNI L., VETTOR T. (a cura di), *Sicurezza e libertà in tema di terrorismo globale*, Torino, 2018;
- BARTOLI R., *I costi "economicopenalistici" della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1107 ss.;
- BARTOLI R., *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010;
- BARTOLOTTI D., *L'utopia della Società delle Nazioni e della pace bellica*, Torino, 1920;
- BASCHERINI G., *L'esperienza statuarica*, in BENVENUTI M., BIFULCO R. (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale. La costituzione, il diritto costituzionale e l'ordinamento statale*, Vol. I, Torino, 2022;
- BAUMAN R. A., *Criminal Prosecution by the Aediles*, in *Latomus*, 33, 1974, p. 245 ss.;
- BAUMAN R. A., *The crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg, 1967;
- BECCARIA C., *Dei Delitti e delle pene*, nella ristampa di R. FABIETTI (a cura di), Milano, 1973;
- BELFIORE E. R., *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005;
- BELLAGAMBA F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007;
- BELLAVISTA G., *Non menzione della condanna nel certificato del casellario*, in *Nov. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, p. 324 ss.;
- BELLAVISTA G., *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939;

BELLOMO M., *I giuristi, la giustizia, e il sistema di diritto comune*, in AA.VV., *Leggi, giudici e giuristi. Atti del convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981*, Milano, 1982;

BELTRANI S., *Ignoranza della legge penale*, in *Il Penalista*, reperibile in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it);

BENVENUTI M., *Il principio del ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, Napoli, 2010;

BERLUTI A., *Lo Statuto Pontificio del 1848. Il contributo alla redazione dell'urbinate Mons. Giovanni Corboli Bussi*, in *Studi Urbinati*, A, 48, 2021, p. 313 ss.;

BERNARDI A. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017;

BERNARDI A., CUPELLI C. (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017;

BERNARDI A., *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, p. 15 ss.;

BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettiva*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 27 ottobre 2011;

BERNARDI A., *Art. 7. Nessuna pena senza legge*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, p. 251;

BERNARDONI P., *Ancora sul caso Cappato: qualche considerazione sulla "non punibilità" dell'aiuto al suicidio introdotta dalla Corte costituzionale*, in *Sist. penale*, 26 febbraio 2020;

BERRINO G., *Cala ancora una volta la scure delle Sezioni Unite sull'essenzione della Germania dalla giurisprudenza italiana per i crimini internazionali perpetrati dal regime nazista*, in *Sistema penale*, 27 ottobre 2020;

BERTINI E., *Considerazioni del Dott. Ettore Bertini intorno al Codice penale toscano pubblicato nel 1853 e ancora vigente*, Prato, 1861;

BESTAGNO F., *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003;

BETTIOL G., *L'efficacia della consuetudine nel diritto penale*, Milano, 1931;



BETTI-SCHIAVONI E., *Il principio di separazione dei poteri nei dibattiti parlamentari della Rivoluzione francese: dagli Stati Generali all'Assemblea Nazionale Costituente*, in *Giorn. di stor. costituzionale*, 14, 2007, p. 75 ss.;

BIANCHINI M., *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano, 1964;

BIFULCO D., *L'ordinamento giuridico, lo Stato e i suoi elementi costitutivi*, in BENVENUTI M., BIFULCO R. (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale. La costituzione, il diritto costituzionale, l'ordinamento statale*, Vol. I, Torino, 2022;

BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2, della Costituzione italiana, Napoli, 2008;

BIN R., *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. costituzionale*, 1, 2019, p. 11 ss.;

BIN R., *Rapporti tra poteri nello Stato di diritto del secolo XXI*, in *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e historia constitucional*, 8, 2014, p. 121 ss.;

BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2019;

BIN R., FALCON G., *Diritto regionale*, Bologna, 2018;

BIN R., *Taricco tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 5 aprile 2018;

BIN R., *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 20 novembre 2017;

BIN R., CARETTI P., PITRUZZELLA G., *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2015;

BIN R., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2013;

BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2010;

BIN R., *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004;

BINDI E., PISANESCHI A., *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 22, 2019;

- BINDI E., PISANESCHI A., *La retroattività in mitius delle sanzioni Consob*, in *Giur. comm.*, 2, 2019;
- BINDI E., *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudizi nazionali e sovranazionali*, in *Federalismi*, 17, 2018, p. 1 ss.;
- BINDI E., PISANESCHI A., *La Corte di Giustizia: il doppio binario nei reati di market abuse è illegittimo e l'art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali è norma direttamente applicabile*, in *Oss. costituzionale AIC*, 2, 2018;
- BIONDI B., *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954;
- BIONDI F., *Art. 101 Cost.*, in CRISAFULLI V., PALADIN L., BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;
- BOBBIO N., voce *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961;
- BOBBIO N., *Sul ragionamento dei giuristi*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 3 ss.;
- BODIN J., *De la République*, I, 1576;
- BONOMI A., *Il principio di determinatezza nelle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più "inesistente"*, in *Riv. AIC*, 4, 2020;
- BONOMI A., *Il "limite" degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, 2008;
- BONOMI A., *Zone d'ombra, norme penali di favore e additive in malam partem: una «differenziazione ingiustificata» da parte della Corte costituzionale?*, in BALDUZZI R., COSTANZO P. (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007;
- BONTEMPELLI M., *La resistenza del giudicato alla violazione del principio di legalità penale*, in *Rev. Brasileira de dir. proc. pen.*, 4, 3, 2018, p. 1053 ss.;
- BOSCARELLI M., *Compendio di diritto penale*, Milano, 1982;
- BOSCARELLI M., *Tentativo circostanziato e tentativo di delitto circostanziato*, in *Scuola positiva*, 1962, p. 671 ss.;
- BOSCARELLI M., *Analogia e interpretazione estensiva del diritto penale*, Palermo, 1955;
- BRAY C., *Le Sezioni unite stabiliscono in 2 kg di principio attivo il valore oltre cui è integrata l'aggravante dell'ingente quantità di droghe "leggere". La law in action o vulnus alla riserva di legge?*, in *Sistema penale*, 18 maggio 2020;

- BRICOLA F., *Art. 25, commi II e III*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 24-26. Rapporti civili*, Bologna, 1981;
- BRICOLA F., *Introduzione* a CARRARA F., *Programma del Corso di diritto criminale* (ristampa), Bologna, 1993;
- BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La questione criminale*, 1980, p. 204 ss.;
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione ed aspetti costituzionali*, Vol. I, Milano, 1965;
- BRICOLA F., *Principio di legalità e potestà penale delle Regioni*, in *Scuola positiva*, 1963, p. 630 ss.;
- BRUNELLI G., *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Riv. AIC*, 1, 18 febbraio 2021;
- BRUNS H. J., *Strafzummesungsrecht, Gesamtdarstellung*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1974;
- BRUSA E., *La giustizia penale eccezionale ad occasione della presente dittatura militare*, in *Riv. pen.*, 1894, p. 447 ss.;
- BRUSCO C., *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (Legge Gelli-Bianco)*, Milano, 2017;
- BRUSCO C., *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012;
- BRUTI LIBERATI E., CERETTI A., GIASANTI A. (a cura di), *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Milano, 1996;
- CABAZZI R., *Sulle "rime obbligate" in materia penale. Note a margine della sentenza Corte cost. n. 40/2019*, in *Federalismi*, 6, 2020, p. 42 ss.;
- CACACE E., *Riserva di legge e fattispecie penale: relazioni tra fonti primarie e secondarie*, in *Giur. cost.*, VI, 2011, p. 4825 ss.;
- CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, in INSOLERA G., MAZZACUVA N., PARAVINI M., ZANOTTI M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino, 2012;
- CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la personalità dello Stato*, Torino, 2008;

- CADOPPI A., *Il codice penale parmense del 1820*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, 1999;
- CAIANI L. voce *Analogia. B) Teoria generale*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, p. 348 ss.;
- CALAMANDREI P., *La crisi della giustizia*, in Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova (a cura di), *La crisi del diritto*, Padova, 1953;
- CALAMANDREI P., *La genesi logica della sentenza civile*, in CALAMANDREI P., *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930;
- CALASSO F., voce *Equità*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966;
- CALISSE C., *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme de, XVIII sec.*, in *Enc. Dir. Pen. It.*, Milano, 1905, p. 182 ss.;
- CALLARI F., *La revisione “parziale” della condanna irrevocabile tra assetto tradizionale e sfide della “modernità”*, in *Giur. cost.*, I, 2019, p. 529 ss.;
- CALLARI F., *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009;
- CALVANO R., *L'Unione europea e lo Stato*, in BENVENUTI M., BIFULCO R. (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale. La costituzione, il diritto costituzionale, l'ordinamento statale*, Vol. I, Torino, 2022;
- CALVANO R., *La Corte costituzionale “fa i conti” per la prima volta con il nuovo art. 117, comma 1 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 4442 ss.;
- CALVO R., *L'equità nel diritto privato*, Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità, Milano, 2010;
- CANNIZZARO E., *La riforma «federalista» della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Forum di Quad. cost.*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2001;
- CANNIZZARO E., voce *Trattato (adattamento al)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, 1991, p. 1394 ss.;
- CANOSA R., *Storia dell'Inquisizione in Italia. Dalla metà del Cinquecento alla fine del Settecento*, I-IV, Roma, 1988-1990;
- CANOVARI F., *Comentario sulla parte seconda del Codice per lo Regno delle Due Sicilie ossia sulle leggi penali*, Vol. I, Napoli, 1819;
- CANTARELLA E., *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano, 1991;

- CANZIAN N., *Quando è incostituzionale la pena. Illegittimità di norme penali sostanziali non incriminatrici e tutela della libertà personale*, in *Giur. cost.*, 3, 2015, p. 1121 ss.;
- CAPPELLINI A., *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni Unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 4 giugno 2015;
- CAPUTO M., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017;
- CARACCIOLLO I., MONTUORO U. (a cura di), *L'evoluzione del peacekeeping. Il ruolo dell'Italia*, Torino, 2017;
- CARAMELLI C., *Comento al Regolamento penale gregoriano*, Macerata, 1844;
- CARBONE C., voce *Bandi militari*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959;
- CARBONE S. M., LUZZATO R., SANTA MARIA A. (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006;
- CARBONI G., *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Lineamenti dogmatici e storico costituzionali dell'art. 650 del Codice penale*, Milano, 1970;
- CARCATERRA G., voce *Analogia. I. Teoria generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1988, p. 1 ss.;
- CARETTI P., *La Corte costituzionale chiude il caso Cappato ma sottolinea ancora una volta l'esigenza di un intervento legislativo in materia di "fine vita"*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2020, p. 188 ss.;
- CARETTI P., TARLI BARBIERI G., *Diritto regionale*, Torino, 2019;
- CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2011;
- CARETTI P., *La "crisi della legge parlamentare"*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2010, p. 1 ss.;
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018;
- CARLASSARE L., VERONESI P., voce *Regolamento (dir. cost. – aggiornamento)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 2001, p. 951 ss.;
- CARLASSARE L., voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Roma, 1990;
- CARLASSARE L., voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990;

- CARLASSARE L., *L'art. 11 sulla pace e sulla guerra: quali garanzie?*, in *Annali dell'Univ. Di Ferrara*, sez. V, Sc. giur., 1988, p. 19 ss.;
- CARLASSARE L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966;
- CARLI M., *Diritto regionale. Le autonomie regionali, speciali e ordinarie*, Torino, 2022;
- CARNELUTTI F., *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1943, p. 81 ss.;
- CARNELUTTI F., *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1937;
- CARNEVALE P., *L'inconsueta consuetudine. Riflessioni sull'uso della consuetudine costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 2021;
- CARNEVALE P., *La Costituzione va alla guerra?*, Napoli, 2013;
- CARRARA F., *Lineamenti di pratica legislativa penale* (ristampa), Bologna, 2009, pubblicazione on line, *Introduzione*, § 10;
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale, Del giudizio criminale* (ristampa), Bologna, 2009;
- CARTABIA M., *Edipo Re*, in CARTABIA M., VIOLANTE L. (a cura di), *Giustizia e Mito*, Bologna, 2018;
- CARTABIA M., *Principio di legalità e tutela dei valori*, in *La Rassegna mensile di Israel*, 82, 1, 2016, p. 35 ss.;
- CARUSO G., *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009;
- CARUSO G., voce *Recidiva*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV Agg., Torino, 2008, p. 1037 ss.;
- CARUSO G., *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena: dovere conoscitivo o potere dispositivo del giudice?*, in *Ind. pen.*, 9, 2, 2006, p. 557 ss.;
- CASALINUOVO A., *Le circostanze attenuanti indefinite*, Roma, 1952;
- CASANOVA E., DEL VECCHIO A., *Le rappresaglie nei Comuni italiani del Medio Evo e specialmente in Firenze*, Bologna, 1894;
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2016;
- CASSESE A., *Art. 11*, in BRANCA G. (a cura di) *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12. Principi fondamentali*, Bologna, 1975;

- CASSISA E., *Ne bis in idem e procedimenti paralleli*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1, 2017, p. 352 ss.;
- CASTRACANE MOMBELLI M., *Il motu proprio del 6 luglio 1816 e l'elaborazione di una nuova pratica criminale pontificia nell'età cansalviana*, in BORGIA L., DE LUCA F., ZACCARIA R. M., VITI P. (a cura di), *Studi in onore di A. D'Addario*, Lecce, 1995;
- CATALANO S., *Doppia pregiudizialità: una svolta opportuna della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 10, 2019;
- CATANI A., *Il regime giuridico dell'ergastolo ostativo alla luce del dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Problematiche e prospettive*, in *Riv. AIC*, 4, 25 novembre 2020;
- CAVINA M., *Il duello giudiziario per punto d'onore. Genesi, apogeo e crisi nell'elaborazione dottrinale italiana (sec. XIV-CVI)*, Torino, 2003;
- CAVINA M., LEGNAI P., *Duelli, faide e rappacificazioni: elaborazioni concettuali, esperienze storiche*, Milano, 2011;
- CAVINO M., *Comitato per la legislazione e d.P.C.M.: il diavolo si cela nei dettagli*, in *Quad. cost.*, 2021, p. 401 ss.;
- CAVINO M., *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza Covid. Lettura di Corte Cost. n. 198/2021*, in *Federalismi*, 25, 2021, p. 81 ss.;
- CAVINO M., *Ordinamento giuridico e sistema delle fonti*, in CAVINO M., IMARISIO L., *Trattato di diritto costituzionale italiano*, Vol. I, Napoli, 2021;
- CELLAMARE G., *Le operazioni di peacekeeping delle organizzazioni regionali*, Bari, 2015;
- CELOTTO A., *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Modena, 2020;
- CELOTTO A., *Controlli sul decreto legge*, in AA.VV., *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2016;
- CELOTTO A., CONTE E., *La legge: dalle origini alla crisi*, in *Rev. Brasileira de dir. const.*, 10, 2007, p. 125 ss.;
- CELOTTO A., DI BENEDETTO E., *Commento all'art. 77 Cost.*, in CELOTTO A., BIFULCO R., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006;

- CELOTTO A., *L'abuso del decreto legge*, Padova, 1997;
- CERAMI P., METRO A., CORBINO A., PURPURA G., *Roma e il diritto. Percorsi costituzionali, produzione normativa, assetti, memorie e tradizioni del pensiero fondante dell'esperienza giuridica occidentale*, Napoli, 2010;
- CERAMI P., PURPURA G., *Profilo storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, Torino, 2007;
- CERQUETTI G., *Il dolo*, Torino, 2010; G. P. DEMURO, *Il dolo*, Vol. II e II, Milano, 2010;
- CERRINA FERONI G., TARLI BARBIERI G., *Le Regioni dalla Costituente al nuovo Senato della Repubblica*, Napoli, 2016;
- CERRONE F., *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti. La tipologia dei regolamenti governativi nella L. n. 400 del 1988*, Torino, 1991;
- CERVO P., *Il valore costituzionale della pena*, in *La Giustizia Penale*, 2, 2019, p. 109 ss.;
- CHIAVARO M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969;
- CHIBELLI A., *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni sostanzialmente penali e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*, *Dir. pen. contemporaneo*, 3 aprile 2017;
- CIAURRO L., *Parlamento. L'emendamento permissivo omnibus: fra (in)ammissibilità formale e (in)opportunità procedurale*, in *Giur. cost.*, I, 2015, p. 306 ss.;
- CICCONETTI S. M., *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2019;
- CICCONETTI S. M., voce *Legge costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 930 ss.;
- CICCONETTI S. M., CORTESE M., TORCOLINI G., TRAVERSA S., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Vol. I, Roma, 1970;
- CICCONETTI S. M., CORTESE M., TORCOLINI G., TRAVERSA S., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Vol. IV, Roma, 1970;
- CICERONE M. T., *Brutus, Liber I*, 152;



- CICERONE M. T., *Epistulae ad familiares*, IX, 16, 3;
- CIRINO GROCCIA I., *Le misure alternative alla detenzione nell'esecuzione penale*, Pisa, 2021;
- CIVELLO G., *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"? Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica*, in *Arch. pen.*, 3, 10 ottobre 2018;
- CLOUD J. D., *Lex Iulia de vi*, in *Antheaeum*, 76, 1988, p. 595 ss.;
- COCCO G., *Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice. I Parte*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2021, p. 6 ss.;
- COCCO G., *Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice. II Parte*, in *Resp. civ. e prev.*, 2, 2021, p. 358 ss.;
- COCCO G. (a cura di) *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005;
- COLAO F., *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento tra «Giustizia penale eccezionale» e «Repressione necessaria e legale [...] nel senso più retto e saviamente giuridico il che vuol dire anche nel senso più liberale»*, in *Quaderni fiorenti per la storia del pensiero giuridico moderno, Principio di legalità e diritto penale*, I, 36, Milano 2007, p. 697 ss.;
- COLAPIETRO C., *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, 1990;
- COLAVITTI G., PAGOTTO C., *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?*, in *Riv. AIC*, 4, 2010;
- COMANDUCCI P., *Osservazioni in margine*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Vol. II, Torino, 1989;
- CONDINANZI M., IANNUCELLI P., *Art. 53. Livello di protezione*, in MASTROIANNI R., POLLICINO O., ALLEGREZZA S., PAPPALARDO F., RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017;
- CONSULICH F., *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazioni: necessità e limiti*, Torino, 2018;

- CONTENTO G., *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione tra le circostanze*, in *Il Tommaso Natale*, 1968, p. 657 ss.;
- CONTI C., *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2013;
- CONTI R., *Cedu e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in *Consulta online*, III, 2020, p. 578 ss.;
- CONTINI C., *La revisione costituzionale in Italia*, Milano, 1984;
- CORAGGIO G., *Relazione sull'attività della Corte costituzionale 2020*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it);
- CORBETTA S., *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 134 ss.;
- CORBINO A., MILAZZO F. (a cura di), *Diritto e storia. L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei*, Padova, 1995;
- CORDERO F., voce *Legalità penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990;
- CORDERO F., *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956;
- CORTESE N., *Costituenti e costituzioni italiane del 1848-1849*, Napoli, 1951;
- COSSIRI A., *Art. 11*, in CRISAFULLI V., PALADIN L., BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;
- COSSIRI A., *Art. 117*, in CRISAFULLI V., PALADIN L., BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;
- COSTA F., *Delitto e Pena nella Storia del Pensiero Umano*, Torino, 1928;
- COSTA P., *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorenti per la storia del pensiero giuridico moderno, Principio di legalità e diritto penale*, I, 36, Milano 2007, p. 1 ss.;
- COSTANZO P., *Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità: la Cassazione tenta di spargliare le carte, ma il Consiglio costituzionale tiene la partita in mano*, in *Giur. cost. (versione web)*, 2010;
- COSTANZO P., *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, 2009, p. 440 ss.;

- COSTANZO P., *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità dopo cinquant'anni di attività*, in *Consulta online*, 2006;
- COTTU E., *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, p. 4773 ss.;
- COVIELLO L., *Gli errori della giurisprudenza e i suoi trionfi*, in *Giur. it.*, 1918, IV, p. 33 ss.;
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1993;
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984;
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970;
- CRISPINO S., *Interpretazione conforme al diritto europeo e internazionale in materia penale*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2019, p. 171 ss.;
- CUNIBERTI M., *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Oss. costituzionale AIC*, 2020, p. 135 ss.;
- CUOCOLO L., *I "maxi- emendamenti" tra opportunità e legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, VI, 2004, 4753 ss.;
- CUPELLI C., *Il caso (Cappato) è chiuso, ma la questione (agevolazione al suicidio) resta aperta*, in *Sist. penale*, 6 febbraio 2020;
- CUPELLI, C., *Sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 27 marzo, 2019;
- CUPELLI C., *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 4 giugno 2018;
- CUPELLI C., *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, LX, 1, 2015, p. 181 ss.;
- CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012;
- CURRERI S., *L'ergastolo ostativo e l'anomala condotta della Corte. Sviste e omissioni sul 4-bis: lo strano caso della Consulta*, in *Il Riformista*, 12 novembre 2022, p. 6 ss.;

CURTI GIALDINO A., voce *Guerra (diritto internazionale)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 849 ss.;

D'AMICO M., *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, in *Consulta online*, 6 marzo 2019;

D'AMICO M., *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in PELLIZZONE I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017;

D'AMICO M., *Principio di legalità penale e "dialogo" tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco*, in BERNARDI A., CUPELLI C. (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017;

D'AMICO M., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Riv. AIC*, 4, 2016, p. 1 ss.;

D'AMICO M., ARCONZO G., *Commento all'art. 25 Cost.*, in CELOTTO A., BIFULCO R., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006;

D'AMICO M., *Commento all'art. 27 Cost.*, in CELOTTO A., BIFULCO R., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006;

D'AMICO M., *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei. Relazione introduttiva*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005;

D'AMICO M., *Regioni, diritto penale, e riforma del titolo V della Costituzione*, in *Le trasformazioni dello Stato regionale italiano*, Milano, 2002;

D'AMICO M., *Riforma del Titolo V della Costituzione: legislazione esclusiva statale e ordinamento penale*, in [www.statutiregionali.it](http://www.statutiregionali.it), 2001;

D'AMICO M., *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la divinità*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3487 ss.;

D'ARRIGO G., DAVID P., *Next Generation EU e PNRR italiano. Analisi, governance e politiche per la ripresa*, Soveria Mannelli, 2022.

DALLA TORRE G., *Qualche considerazione sul principio di legalità nel diritto penale canonico*, in *Angelicum*, 85, 1, 2008, p. 267 ss.

DANI A., *Il Cinquecento e il Seicento*, in DI SIMONE M. R. (a cura di), *Profilo di storia del diritto penale dal medioevo alla restaurazione*, Torino, 2012;

DANIEL W. L., *The Principle of Legality in Canon Law*, in *Jurist*, 70, 29, 2010, p. 29 ss.;

DANIELE L., *Diritto dell'Unione europea.*, Milano, Giuffrè, 2014;

DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo*, Torino, 2012;

DASSANO F., MACCAGNO C., RONCO M. (a cura di), *Le sentenze della Corte costituzionale sugli artt. 25, commi 2 e 3 e 27, commi 1 e 3 Cost. (1956-1975)*, Torino, 1976;

DAVID J. M., *Le patronat judiciaire au dernier siècle de la république romaine*, Roma, 1992;

DE CARIA R., *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? L'obbligo per gli stati di «conformarsi alle sentenze definitive della Corte» EDU nella prospettiva italiana*, in *Giur. cost.*, 3, 2009, p. 2191 ss.;

DE CESARE, *ritorno alla Costituzione: dall'integrazione valoriale alla centralità del testo. Una rilettura dell'interpretazione letterale*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 3, 2017, p. 1 ss.;

DE CRISTOFARO E., *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in *Quaderni fiorenti per la storia del pensiero giuridico moderno*, Principio di legalità e diritto penale, I, 36, Milano 2007, p. 1031 ss.;

DE FRANCESCO G., *Punibilità*, Torino 2016;

DE GAETANO A. V., *Alcune chiavi di lettura del sistema CEDU*, in BUFFA F., CIVININI M. G., *La Corte di Strasburgo, Speciali di Quest. Giustizia*, 2019, p. 17 ss.;

DE GIOVANNI B., *Elogio della sovranità politica*, Napoli, 2015;

DE LUCA M. L., *La problematica delle circostanze nel tentativo*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1974, p. 569 ss.;

DE LUNGO D., *Tendenze e prospettive evolutive del maxiemendamento nell'esperienza della XV e XVI legislatura*, in *Riv. AIC*, 3, 20 settembre 2013;

- DE MARINI AVONZO F., *La giustizia penale nelle province agli inizi del basso impero*, in ARANGIO RUIZ V., *Syntelesia*, II, Napoli, 1964;
- DE MARINI AVONZO F., *La funzione giurisdizionale del senato romano*, Milano, 1957;
- DE MARTINO F., *Storia della costituzione romana*, Vol. I, Napoli, 1951; DE MARTINO F., *Storia della costituzione romana*, Vol. II, Napoli, 1954;
- DE MINICO G. *Costituzionalizziamo l'emergenza?* in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020, p. 542 ss.;
- DE MINICO G., *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016;
- DE SERVIO U., *Il contenimento di Covid-19: interpretazioni e Costituzione*, Modena, 2021;
- DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013;
- DE VERGOTTINI G., *Guerra, difesa e sicurezza nella Costituzione e nella prassi*, in *Riv. AIC*, 2, 2017, p. 1 ss.
- DE VERGOTTINI G., *Guerra e Costituzione: nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004;
- DE VERO G., *Gli obblighi di penalizzazione di fonte europea*, in PALIERO C. E., MOCCIA S., INSOLERA G., RAMPIONI R., RISICATO L., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, Napoli, 2016:
- DE VERO G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983;
- DEAN G., *Ideologie e modelli di esecuzione penale*, Torino, 2004;
- DEL CORSO S., *Riflessioni sulla struttura del tentativo nella cultura giuridica italiana*, Torino, 2019;
- DEL GIUDICE P., *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in *Enc. Dir. Pen. It.*, Milano, 1905, p. 1 ss.;
- DEL GIUDICE P., *La vendetta nel diritto longobardo*, in P. DEL GIUDICE (a cura di), *Studi di storia e diritto*, Milano, 1889;
- DEL POZZO M., *Il rapporto tra delitto e peccato nell'attualità del diritto canonico*, in *Ius canonicum*, 53, 2013, p. 199 ss.;
- DELITALA G., *Responsabilità e pena*, in *Justitia*, 1962, p. 341 ss.;

- DELL'AGLI M., LAMBERT F. I, *Il peacekeeping: fine di un (falso) mito*, Milano, 2021;
- DELOGU T., *Potere discrezionale del giudice penale e certezza della pena*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1976, p. 371 ss.;
- DELPINO L., PEZZANO R., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Napoli, 2017;
- DEZZA E., *Appunti sulla codificazione penale nel primo Regno d'Italia: il progetto del 1809*, in *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano, 1992, p. 199 ss.;
- DEZZA A., *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, Milano, 1989;
- DI CESARE R., *Art. 73*, in CRISAFULLI V., PALADIN L., BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;
- DI COSIMO G., *Art. 2*, in CRISAFULLI V., PALADIN L., BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;
- DI COSIMO G., *Revisione della Costituzione. Leggi costituzionali*, in CRISAFULLI V., PALADIN L., BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;
- DI GIOVINE A., *Emergenza costituzionale*, Milano, 2004;
- DI GIOVINE A., *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento italiano*, Torino, 1969;
- DI GIOVINE O., *Il dolo (eventuale) tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, in *Dir. penale contemporaneo*, 30 gennaio 2017;
- DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 12 giugno 2015;
- DI GIOVINE O. , *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011;
- DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006;
- DI MARCO C., *Sovranità popolare, partecipazione e metodo democratico fra utopia e illusioni. Dalla deriva dei partiti agli scenari del XXI Secolo*, Torino, 2016, p. 19 ss.;

- DI PORTO V., *La “problematica prassi” dei maxi-emendamenti e il dialogo a distanza tra Corte costituzionale e Comitato per la legislazione*, in LIPPOLIS V., LUPO N. (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale. Il Filangieri. Quaderno 2015-2016*, Napoli, 2017;
- DI SIMONE M. R., *Le riforme del Settecento*, in DI SIMONE M.R. (a cura di), *Profilo di storia del diritto penale dal medioevo alla restaurazione*, Torino, 2012;
- DI STASI A., *Circostanze del reato*, in EPIDENDIO T., ROSI E. (a cura di), *Argomenti di diritto penale giurisprudenziale*, Milano, 2022;
- DIURNI G., *Il Medioevo*, in DI SIMONE M. R. (a cura di), *Profilo di storia del diritto penale dal medioevo alla restaurazione*, Torino, 2012;
- DIURNI G., *Aspirazioni di giuridicità del medioevo d’Italia*, Torino, 2011;
- DIURNI G., voce *Pena criminale (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, 1982, p. 751 ss.;
- DIURNI G., voce *Pena privata (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, 1982, p. 739 ss.;
- DODARO G., *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, p. 1043 ss.;
- DOGLIANI M., *Irrilevanza “necessaria” della questione relativa a norme penali di favore*, in *Giur. cost.*, 1976, p. 585 ss.;
- DOLCINI E., *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2019, p. 3 ss.;
- DOLCINI E., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979;
- DOLCINI E., voce *Potere discrezionale del giudice*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, 1985, p. 744 ss.;
- DOLSO G. P., *Art. 136*, in CRISAFULLI V., PALADIN L., BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;
- DONATIELLO G., *Le misure alternative alla detenzione. Norma e prassi*, Roma, 2020;
- DONATIVI V., *Il rafforzamento dei poteri speciali dello Stato (“golden power”) nella legislazione di emergenza*, in RANDAZZO S., MARTINO R., DONATIVI V.,



- PANZAROLA A., LAURETI L. (a cura di), *Il diritto di fronte all'emergenza. Un percorso interdisciplinare*, Napoli, 2020;
- DONINI M., *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sist. penale*, 10 febbraio 2019;
- DONINI M., *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. e proc. pen.*, 1, 2016;
- DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 6 giugno 2016;
- DUNI G., *Interpretazione autentica della legge penale*, in *Riv. pen.*, 1962, p. 157 ss.;
- EFFER T., *Un diritto penale a misura d'uomo: la legalità penale in Beccaria*, in *Juris*, 25, 2016, p. 181 ss.;
- ELIA L., voce *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, XIX, 1970;
- ELIA L., *Gli atti bicamerali non legislativi*, in *Studi sulla Costituzione*, Vol. II, Milano, 1958;
- EPIDENDIO T., *Causalità*, in EPIDENDIO T., ROSI E. (a cura di), *Argomenti di diritto penale giurisprudenziale*, Milano, 2022;
- ERRERA A., *Processus in causa fidei. L'evoluzione dei manuali inquisitoriali nei secoli XVI-XVIII e il manuale inedito di un inquisitore perugino*, Bologna, 2000;
- ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008;
- ESPOSITO C., *Costituzione, leggi di revisione alla Costituzione e «altre» leggi costituzionali*, in AA. VV., *Raccolta di scritti in onore di Carlo Arturo Jemolo*, Vol. III, Milano, 1963;
- ESPOSITO C., voce *Decreto legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 831 ss.;
- ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958;
- ESPOSITO C., voce *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, p. 456 ss.;

- ESPOSITO C., *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in ESPOSITO C., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954;
- ESSER J., *Metodo e tecnica d'interpretazione nella giurisprudenza*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1954, p. 244 ss.;
- EUSEBI L., *Nemmeno la Corte di Giustizia può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 10 dicembre 2015;
- EUSEBI L., *Medicina difensiva e diritto penale criminogeno*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1085 ss.;
- EUSEBI L., *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993;
- FAGIOLI S., *Filosofia retorica e logica argomentativa in Aristotele*, Torino, 2022;
- FALCINELLI D., *Se punite, se abrogare: la riserva di legge penale "rafforzata"*, in *Federalismi*, 1, 2014, p. 1 ss.;
- FALZONE V., PALERMO F., COSENTINO F., *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma, 1949;
- FANIZZA L., *L'amministrazione della giustizia nel principato*, Roma, 1999;
- FANULI G. L., *Elemento soggettivo del reato*, in EPIDENDIO T., ROSI E. (a cura di), *Argomenti di diritto penale giurisprudenziale*, Milano, 2022;
- FARALLI C., *Stato*, in BARBERA A. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari-Roma, 2020;
- FASCIONE L., *Crimen e quaestio ambitus nell'età repubblicana*, Milano, 1984;
- FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto, I, Antichità e medioevo*, Bari-Roma, 2020;
- FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto, II, L'età moderna*, Bari-Roma, 2020;
- FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto, III, Ottocento e Novecento*, Bari-Roma, 2007;
- FEINBERG N., *The legality of a 'state of war' after the cessation of hostilities: under the Charter of the United Nations and the Covenant of the League of Nations*, Jerusalem, 1961;
- FERRAJOLI L., *Diritto e Ragione, Teoria del garantismo penale*, Bari- Roma, 2020;

- FERRAJOLI L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. Giust.*, 4, 2016, p. 13 ss.;
- FERRAJOLI L., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 3, 2010, p. 2771 ss.;
- FERRARI G. F., voce *Guerra (stato di)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 818 ss.;
- FERRARO F., LAZZERINI N., *Art. 52. Portata e interpretazione dei diritti e dei principi*, in MASTROIANNI R., POLLICINO O., ALLEGREZZA S., PAPPALARDO F., RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017;
- FERRAROTTI T., *Commentario teorico-pratico del Codice penale per gli Stati di S.M. Vittorio Emanuele II colla comparazione dei codici penali di tutta la penisola italiana del codice austriaco del giure romano e del diritto penale francese*, Torino, 1860;
- FERRAY J. L., *Lois et procès de maiestade dans la Rome republicaine*, in SANTALUCIA B., *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia, 2009;
- FERREL R. H., *Peace in their time: the origins of the Kellogg-Briand pact*, Hamdem, 1968;
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale. I Delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2014;
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, Bologna, 2012;
- FIANDACA G., *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Foro italiano*, 134, 1, 2011, p. 1 ss.;
- FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.;
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009;
- FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorenti per la storia del pensiero giuridico moderno, Principio di legalità e diritto penale*, II, 36, Milano 2007, p. 1247 ss.;
- FIANDACA G., *Il diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1722 ss.;

- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001;
- FIANDACA G. (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997;
- FINOCCHIARO G., *Equità (giudizio di)*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 2007;
- FIORAVANTI M., *Costituzionalismo. La storia, le teorie, i testi*, Roma, 2016;
- FIORAVANTI M., *Introduzione*, in Matteucci N., *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2016;
- FIORAVANTI M., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2014;
- FIORAVANTI M., *L'età rivoluzionaria e napoleonica*, in DI SIMONE M.R. (a cura di), *Profilo di storia del diritto penale dal medioevo alla restaurazione*, Torino, 2012;
- FIORAVANTI M., *Aspetti del costituzionalismo giacobino. La funzione legislativa nell'Acte constitutionnel del 24 giugno 1793*, in *Historia Constitucional*, 8, 2007, 123 ss.;
- FIORAVANTI L., *Il regolamento penale gregoriano*, in VINCIGUERRA S. (a cura di), *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, 1999;
- FIorentin F., *Esecuzione della pena e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2021;
- FIORI R., *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridica religiosa*, Napoli, 1966;
- FIORO C., *Ergastolo ostativo e diritto alla speranza? Sì, però...*, in *Proc. pen. e giust.*, 3/2020, p. 650 ss.;
- FLICK G. M., NAPOLEONI V., *A un anno di distanza dall'Affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum*, in *Riv. AIC*, 3, 2015;
- FLICK G. M., NAPOLEONI V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? «materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Riv. AIC*, 3, 2014;
- FOCARELLI C., *Trattato di diritto internazionale*, Torino, 2015;
- FOIS S., *La riserva di legge*, Milano, 1963;
- FOIS S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1958;

- FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990;
- FRANCHINI F., *Sullo stato di assedio*, Roma, 1943;
- FRANK J., *Aristotle on the Rule of Law and the Rule of men*, in *International Studies Review*, 7, 3, 2005, p. 508 ss.;
- FRATINI M., *Il sistema di diritto civile. La responsabilità extracontrattuale*, Roma, 2017;
- FRÜHWALD W. T., *Manuale del codice penale austriaco sui crimini sui delitti e sulle contravvenzioni e sul Regolamento di stampa 27 maggio 1852*, Venezia, 1855;
- GABRIELLI C., *L'archiviazione per particolare tenuità del fatto. Analisi, rilievi critici e prospettive*, Torino, 2020;
- GALANTINI N., *Giurisdizione e competenza nella disciplina della Procura europea: una sintesi della complessa disciplina di fonte regolamentare*, in *Milan Law Review*, 3, 1, 2022, p. 38 ss.;
- GALLETTI A., *Crisi polacca e paradossi dello Stato di diritto: verso un nuovo "Assassinio sull'Orient Express"?*, in A. PÉREZ MIRAS A., RAFFIOTTA E. C., TERUEL LOZANO G. M., VECCHIO F. (a cura di), *Sovranità e rappresentanza. Stato, autonomia territoriali e processi di integrazione sopranazionale*, Napoli, 2018;
- GALLI N., GIUPPONI T. F. (a cura di), *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, Milano, 2017;
- GALLO D., *La Corte costituzionale chiede la "saga Taricco": tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimito e implicita negazione dell'effetto diretto*, in *European Papers*, 3, 2, 2018, p. 885 ss.;
- GALLO M., *Appunti di diritto penale. La legge penale*, I, Torino, 1999;
- GALLO M., *La legge penale*, Torino, 1974;
- GALLO M., *Appunti di diritto penale. Anno accademico 1962-1963*, Torino, 1965;
- GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951;
- GALLUCCIO A., *La confisca "urbanistica" ritorna alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 giugno 2014;
- GAMBARDELLA M., *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2003;

- GAMBERINI A., *La riserva di legge in materia costituzionale*, in INSOLERA G., MAZZACUVA N., PARAVINI M., ZANOTTI M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino, 2012;
- GAMBINI F., *Art. 17*, in CRISAFULLI V., PALADIN L., BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;
- GAMBINI F., *Art. 21*, in CRISAFULLI V., PALADIN L., BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;
- GARINO V., *Bandi militari*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987;
- GAROFALO L., *Studi sulla sacertà*, Padova, 2005;
- GAROFALO L., *Il processo edilizio. Contributo allo studio dei iudicia populi*, Padova, 1989;
- GAROFALO L., *La competenza giudiziaria dei quaestores e Pomp. D.1.2.2.16 e 23*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 51, 1985, pp. 409 ss.;
- GAROFOLI R., *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Molfetta, 2021;
- GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Molfetta, 2018;
- GATTA G. L., *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in *Sist. penale*, 2 dicembre 2020;
- GATTA G. L., *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *Sistema penale*, 26 marzo 2020;
- GATTA G.L., *La recidiva nella recente giurisprudenza di legittimità*, in GAROFOLI R., TREU T., (a cura di), *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2012;
- GEMMA S., *La guerra e il diritto internazionale*, Bologna, 1893;
- GENTILE E., *Il fascismo in tre capitoli*, Bari-Roma, 2023;
- GHISALBERTI C., *Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana. Spunti per una riflessione*, ROGARI in S. (a cura di), *Dal 1848 al 1948: dagli Statuti alla Costituzione repubblica. Transizioni a confronto*, Firenze, 2010;
- GHISALBERTI C., *Lo Statuto Albertino tra mito e realtà*, in *Clis*, XXX, 1994, p. 191 ss.;

- GHISALBERTI C., *La condanna al bando nel diritto comune*, in *Arch. giur.*, CXLIX, 1960, p. 3 ss.;
- GHISALBERTI C., *Le Costituzioni «giacobine» (1796-1799)*, Milano, 1957;
- GIABARDO C. V., *Il Protocollo 16 e l'ambizioso (ma accidentato) progetto di una global community of courts*, in *Giustizia insieme*, 2020;
- GIANFORMAGGIO L., *Analogia*, in *Dig. Disc. Priv.*, IV, Torino, 1987, p. 320 ss.;
- GIANNELLI V., *Sanzioni amministrative, res iudicata e incostituzionalità della legge applicata dal giudice*, in *Riv. AIC*, 1, 2018;
- GIANNINI M. S., *Sulla consuetudine*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1947, p. 89 ss.;
- GIANNITI L., LUPO N., *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2018;
- GIGLIO S., *Il problema dell'iniziativa nella cognitio criminale. Normative e prassi da Augusto a Diocleziano*, Torino, 2009;
- GILISSEN J., *Consuetudine*, in *Dig. Disc. Priv.*, III, Torino, 1988;
- GIORDANO S. E., *Covid 19 e il tempo del diritto fra emergenza e transitorietà*, in *Discrimen*, 2020, p. 1 ss.;
- GIORDANO S.E., *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte EDU: prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in *Arch. pen.*, 2, 2015, p. 1 ss.
- GIOVAGNOLI R., *Compendio di diritto amministrativo*, Torino, 2022;
- GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2021;
- GIOVAGNOLI R., *Il Contratto*, Torino, 2019;
- GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Torino, 2019;
- GIOVANNI DI SALISBURY, *Policratus*, IV, 2, 1159;
- GIOVANNINI A., *Le senatus consultum ultimum: les mensonges de Cicéron*, in *Athenaeum*, 100, 1/2, 2012, p. 181 ss.;
- GIROTTI D., *Art. 74*, in CRISAFULLI V., PALADIN L., BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;
- GIROTTI D., *Artt. 70-72*, in CRISAFULLI V., PALADIN L., BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;;

- GIUFFRÈ F., NICOTRA I. A., PATERNITI F., *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino, 2020;
- GIUFFRÈ F. (intervista a cura di DE FEUDIS M.), *La svolta presidenzialista antidoto alla crisi dei partiti*, in *La Gazzetta del Mezzogiorno*, 10 maggio 2023;
- GIUFFRÈ F., *Vecchi privilegi e nuovi moniti nella questione delle case da gioco "autorizzate" (Nota a Corte cost. 24 giugno 2004, n. 185, in Forum di Quad. cost., www.forumcostituzionale.it, 2004;*
- GIUFFRÈ F., *Calamità naturali ed emergenza*, in *Dir. e Soc.*, 1, 2001, p. 111 ss.;
- GIUGNI I., *Il problema della causalità nel concorso esterno*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 10, 2017, p. 21 ss.;
- GIUMETTI F., *Il cd. «senatus consultum ultimum»: questioni di costituzionalità tra diritto romano e storiografia moderna*, in *Riv. dir. rom.*, XVI-XVII, I/II, 2016-2017, p. 1 ss.;
- GIUNTA F., *Corte costituzionale e diritto penale nell'epoca della democrazia maggioritaria. La problematica angolazione delle c.d. discipline di favore*, in *Giust. pen.*, 5, 2012, p. 240 ss.;
- GIUNTA F., *Relazione*, ZILLETTI L., OLIVA F. (a cura di), *Il controllo di costituzionalità delle norme penali di favore. Verso un sindacato di legittimità costituzionale sulle scelte politiche criminali?*, Napoli, 2007;
- GIUNTI P., *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano, 1990;
- GNOLI F., *Ricerche sul crimen peculatus*, Milano, 1979;
- GOISIS F., *Verso una nuova sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2014, p. 337 ss.;
- GORLA, G. *I precedenti storici dell'art.12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro italiano*, V, 1969, p. 112 ss.;
- GRANDI C. (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pisa, 2021;
- GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010;



- GRASSO E., *Equità (giudizio di)*, in *Dig. Disc. Priv.*, IV, Torino, 1991;
- GRASSO G. P., voce *Necessità (stato di)*. *Diritto pubblico*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 866 ss.;
- GRASSO G. P., *Figure di stato di assedio negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, in *Il Politico*, XXIV, 2, 1959, p. 327 ss.;
- GRASSO G. P., *I problemi giuridici dello 'stato di assedio' nell'ordinamento giuridico italiano*, Pavia, 1959;
- GRASSO G., *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, in AA. Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011;
- GRASSO P. G., voce *Decreto legislativo*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 867 ss.;
- GRAZIANO G., *L'ignoranza e l'errore nel diritto penale. Tra obbligatorietà della legge, doveri di conoscenza e situazioni di inevitabilità*, Roma, 1997;
- GRECO G., *I regolamenti amministrativi*, Torino, 2012;
- GROSSI P., *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020;
- GROSSI P., *Legalità costituzionale nella storia delle legalità moderna e post-moderna*, in *G. di Storia cost.*, 13, 2008, p. 13 ss.;
- GROSSO C. F., *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 1992, p. 1474 ss.;
- GROSSO C.F., *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1960;
- GROSSO E., *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 3, 2019, p. 531 ss.;
- GROSSO G. F., *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, p. 125 ss.;
- GUASTAFERRO B., *La Comunità internazionale e lo Stato*, in BENVENUTI M., BIFULCO R. (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale. La costituzione, il diritto costituzionale, l'ordinamento statale*, Vol. I, Torino, 2022, p. 256 ss.;
- GUASTINI R., *Art. 101*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione.*, Bologna, 1994;

GUAZZAROTTI A., *Articolo 11*, in CLEMENTI F., CUOCOLO L., ROSA F., VIGEVANI G. E., *La Costituzione italiana*, Vol. I, Bologna, 2021;

GUAZZAROTTI A., *Novità nei rapporti tra i giudici nazionali e Corte EDU: la dottrina del “doppio binario” alla prova dei casi (e dei conflitti) concreti*, in *Giur. cost.*, 3, 2014, p. 3024 ss.;

GUAZZAROTTI A., *Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno*, in *Quest. Giustizia*, 1, 2007;

GUERRA G., *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, in *Pol. san.*, 14, 3, 2013, p. 150 ss.;

GUIZOT F., *Cospirazioni e giustizia politica*, in CARRINO A. (a cura di), *I giudici e la politica*, Napoli, 2002;

HABERMAS J., *Recht und Moral*, in CEPPA L. (trad. it. a cura di), *Morale, diritto e politica*, Torino, 1992;

HARRIS D., O'BOYLE M., WARBRICK C., *Law of the European Convention on human rights*, Oxford, 2009;

HOBBS T., *Il Leviatano*, in *Traduzione, introduzione e note* di GIAMMANCO R. (a cura di), Vol. I, Torino, 1955;

HUMBERT M., *La codificazione decemvirale: tentativo d'interpretazione*, in HUMBERT M. (a cura di), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli umanisti*, Roma, 2009, p. 32 ss.;

IANNUZZI A., *Provvedimenti di polizia*, in F. CARINGELLA, O. TORIELLO (a cura di), *Manuale di Diritto amministrativo. Parte speciale*, Roma, 2019;

ICAMARO DI REIMS, *De ordinibus palatii*, in BORETIUS A. (a cura di), M.G.H., *Leges, II, Capitularia regum Francorum*, II, 1883;

INSOLERA G., *Europa e diritto penale. Principi generali: competenza e legittimazione*, in *Discrimen*, 30 luglio 2021;

INSOLERA G., *Progetti di riforma del codice Rocco: il volto attuale del sistema penale*, in INSOLERA G., MAZZACUVA N., PARAVINI M., ZANOTTI M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino, 2012;

IOVINO P.F., *La costituzionalità del Mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2009;

KELSEN H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, (ed. a cura di A. CARRINO), Milano, 1989;

LA PERGOLA A., *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1961;

LABRUNA L., «*Iure maxime...adversaria*». *La violenza tra repressione privata e persecuzione pubblica nei conflitti politici della tarda repubblica*, in MILAZZO F. (a cura di), *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del Convegno internazionale di Copanello 1990*, Napoli, 1992;

LACCHÈ L., «*Alzate l'architrave, carpentieri*». *I livelli della legalità penale e le "crisi" tra Otto e Novecento*, in C. STORTI (a cura di), *Le legalità e le crisi della legalità*, Torino, 2016;

LACCHÈ L., *La penalistica costituzionale e il 'liberismo giuridico'. Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in *Quaderni fiorenti per la storia del pensiero giuridico moderno, Principio di legalità e diritto penale*, I, 36, Milano 2007, p. 663 ss.;

LAMARQUE E., *La ratifica del Protocollo 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*, in *Giustizia insieme*, 2020;

LAMBERT E., *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti. L'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*, (ed. a cura di D'ORAZIO R.), Milano, 1996;

LANEVE G., *Pene accessorie che indicano sulla responsabilità genitoriale: dalla "cecità" dell'automatismo legislativo alla relazione genitore-figlio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2020, p. 1 ss.;

LANEVE G., *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Riv. AIC*, 4, 2018, p. 421 ss.;

LANEVE G., *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in *Federalismi*, 17, 2011, p. 1 ss.;

LARIZZA S., *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2004, p. 122 ss.;

LARIZZA S., *Non menzione della condanna nel certificato penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1943, p. 482 ss.;

- LATAGLIATA A. R., *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, p. 337 ss.;
- LATAGLIATA A. R., *Circostanze discrezionali e prescrizioni del reato*, Napoli, 1967;
- LATINI C., *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2005;
- LATTANZI G., *Relazione del Presidente del 21 marzo 2019*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it);
- LATTANZI G., LUPO E. (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. II, Milano, 2010;
- LAZZARI M., *La stregoneria. Diavoli, streghe, inquisitori dal Trecento al Settecento*, Milano, 1991;
- LE GOFFE J., *Il Medioevo. Alle origini dell'identità europea*, Bari-Roma, 2023;
- LECIS COCCO ORTU A. M., *La QPC tra rivoluzione ed eccezione: la concretezza del controllo a posteriori a tre anni dalla sua introduzione*, in *Riv. AIC*, 3, 27 settembre 2013;
- LEONE G., *Contro la riforma del Codice penale*, in *Arch. pen.*, I, p. 276 ss.;
- LEONE S., *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 3, 2019, p. 642 ss.;
- LEONE S., *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. AIC*, 4, 2017;
- LEVICK B., *Poena Legis Maiestatis*, in *Historia*, 28, 1979, p. 359 ss.;
- LINTOTT A., *Violence in Republican Rome*, Oxford, 1968;
- LOCKE J., *Two treatises of government*, 1690;
- LO MONTE E., *Il delitto tentato. Contributo all'individuazione della condotta punibile*, Torino, 2013;
- LOLLO A., *Sindacato di costituzionalità e norme penali di favore*, Padova, 2017;
- LOLLO A., *Norme penali di favore e zone d'ombra nella giustizia costituzionale*, in *Federalismi*, 30 giugno 2009;

- LONGO A., DE STEFANO F. M., *Riflessioni sull'istituto della confisca, fra diritto amministrativo e diritto penale, alla luce della giurisprudenza della CEDU*, in *Federalismi*, 6, 2019, p. 2 ss.;
- LONGO A., DI STEFANO F. M., *La storia infinita del ne bis in idem e del doppio binario sanzionatorio*, in *Federalismi*, 13, 2017, p. 2 ss.;
- LOSANA M., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le Corti?*, in *Rivista AIC*, 1, 24 gennaio 2014.
- LUCIAN M. I., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 15 maggio 2016;
- LUCIANI M., *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 201 ss.;
- LUDERRSSEN K., *Introduzione a Abweichendes Verhalten*, Vol I, 1974;
- LUPO E., *Prospettive della legalità penale*, in *Sistema penale*, 12, 2022, p. 105 ss.;
- LUPO N., *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2019;
- LUPO N., *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in GIANFRANCESCO E., LUPO N. (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza ed opposizione*, Roma, 2007;
- MACCARI A.L., *La riserva di legge statale in materia di "ordinamento penale"*, in AMMANTI L., GROPPI T. (a cura di), *La potestà legislativa tra Stato e Regioni*, Milano, 2003;
- MACHIAVELLI N., *Il Principe*, 1513;
- MAFFI A. (a cura di), *Princeps legibus solutus*, Torino, 2016;
- MAGGIO P., *Nella "revisione infinita" del processo Contrada i nodi irrisolti dell'esecuzione delle sentenze CEDU e del concorso esterno nel reato associativo*, in *Cass. pen.*, 9, 2016, p. 3424 ss.;
- MAGGIORE G., *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1923, p. 256 ss.;

- MAINARDIS C., *Art. 16*, in CRISAFULLI V., PALADIN L., BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;
- MALDELSTAM A. N., *L'interprétation du Pacte Briand- Kellogg par les Gouvernements et les Parlements des Etats signataires*, in *Rev. gén. dir. intern.*, 1933, p. 542 ss.;
- MALFATTI E., *Commento all'art. 127 Cost.*, in CELOTTO A., BIFULCO R., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006;
- MALO M., *Art. 76*, in CRISAFULLI V., PALADIN L., BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;
- MALO M., *Art. 77*, in CRISAFULLI V., PALADIN L., BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;
- MALO M., *Art. 77*, in CRISAFULLI V., PALADIN L., BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;
- MALVICINI M., *Il governo dell'emergenza. Politica, scienza e diritto al cospetto della pandemia Covid-19*, Napoli, 2020;
- MANCINI M., *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, Torino, 2009;
- MANES V., 'Common law-ization of criminal law'? *The evolution of nullum crimen sine lege and the forthcoming challenges*, in *New Jour. of Eur. Crim. Law*, 8, 3, 2017, p. 334 ss.
- MANES V., CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020;
- MANES V., MAZZACUVA F., *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Sistema penale*, 23 marzo 2020;
- MANES V., NAPOLEONI V., *La legge penale illegittima. Metodi, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019;
- MANES V., NAPOLEONI V., *La legge penale illegittima. Metodi, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019;
- MANES V., *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 6 maggio 2016;

- MANES V., *La “confisca senza condanna” al crocevia fra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 13 aprile 2015;
- MANES V., *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in INSOLERA G., MAZZACUVA N., PARAVINI M., ZANOTTI M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino, 2012;
- MANES V., *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012;
- MANES V., *Principi costituzionali in materia penale (Diritto penale sostanziale). Giurisprudenza sistematica*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2012;
- MANES V., *La confisca “punitiva” tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla “truffa delle etichette”*, in *Cass. pen.* 2, 2011, p. 534 ss.;
- MANES V., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011;
- MANES V., *Illegittime le “norme penali di favore” in materia di falsità nelle competizioni elettorali. Nota a Corte cost. n. 394/2006*, in *Forum di Quad. cost.*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it);
- MANETTI M., *La via maestra dell'inemendabilità dei decreti legge conduce all'illegittimità dei maxi-emendamenti*, in *Riv. AIC*, 3, 17 luglio 2012;
- MANFRELOTTO R., *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in *Riv. AIC*, 2, 8 maggio 2021;
- MANGIA A., *Emergenza, fonti-fatto e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Riv. AIC*, 2, 8 aprile 2021;
- MANTOVANI D., *Le due serie di ‘leges regiae’*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo. Accademia di Scienze e Lettere. Classe di Lettere*, 136, 2002, p. 59 ss.;
- MANTOVANI D., *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla «Quaestio» unilaterale alla «Quaestio» bilaterale*, Padova, 1989;
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2020;
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015;
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007;
- MANTUANO G., *La riserva di legge nell'ordinamento penale della Chiesa*. Padova, 1975;

- MARANDOLA A., *La particolare tenuità del fatto*, Pisa, 2017;
- MARANI S., *Il reato circostanziato*, Santarcangelo di Romagna, 2007;
- MARANINI G., *Le origini dello Statuto Albertino*, Firenze, 1926;
- MARAZZITA G., “*Guerra vietata, legittima e necessaria*”, in *Federalismi*, 22, 2018, p. 52 ss.;
- MARAZZITA G., *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003;
- MARCENÒ V., *Una tecnica controversa: l'ordinanza interlocutoria con rinvio a data fissa*, in *Giur. cost.*, I, 2022, p. 497 ss.;
- MARCENÒ V., *Il dilemma della materia penale: di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *Federalismi*, 7, 2018, p. 2 ss.;
- MARCHETTI G., *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Milano, 2016;
- MARCHETTI G., *Riflessioni su alcuni aspetti problematici della delegazione legislativa. In particolare: la “sistemazione” normativa tramite delega, il ruolo del Parlamento nell'adozione dei decreti delegati e il ricorso ai decreti integrativi e correttivi*, in *Osservatorio sulle fonti*, XII, 2, 2019, p. 1 ss.;
- MARCHIANÒ G., *I regolamenti governativi*, Padova, 1988;
- MARCHISIO S., *Diritto internazionale, diritto delle Nazioni Unite e analogia federale*, in *Federalismi*, 23, 2017, p. 7 ss.;
- MARCHISIO S., *Le specificità delle peace-keeping operations tra le forme di intervento delle Nazioni Unite*, in *Quad. n. 11 della Comunità internazionale*, 2007, p. 31 ss.;
- MARINI F. S., SCIACCA G. (a cura di), *Emergenza covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2021;
- MARINI F. S., *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti legge*, in *Federalismi*, 1, 2020;
- MARINI F. S., CUPELLI C. (a cura di), *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019;
- MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993;



- MARINI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1978;
- MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2019;
- MARINUCCI G., *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le “zone franche”*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 416 ss.;
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001;
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 1999;
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico criminali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, p. 1190 ss.;
- MARINUCCI G., voce *Consuetudine (Diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961;
- MARONGIU A., *Storia del diritto italiano: ordinamenti e istituti di governo*, Milano, 1977;
- MARONGIU A., *La legittimazione della vendetta nell’Editto*, in AA.VV., *Atti del I congresso internazionale di studi longobardi (Spoleto 23-30 settembre 1950)*, Spoleto, 1952;
- MARTIN J., *Die Provokation in der klassischen und späten Republik*, in *Hermes*, 98, 1970, p. 72 ss.;
- MARTINELLI C., *Articolo 13*, in CLEMENTI F., CUOCOLO L., ROSA F., VIGEVANI G: E. (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Bologna, 2021;
- MARTINELLI C., *Le radici del costituzionalismo. Idee, Istituzioni e trasformazioni dal Medioevo alle Rivoluzioni del XVIII secolo*, Torino, 2016;
- MARTINES F., *Procedimenti pregiudiziali e applicazione di parametri costituzionali ed europei a tutela dei diritti fondamentali*, in *Osservatorio sulle fonti*, XI, 1, 2018, p. 1 ss.;
- MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Milano, 1998;
- MARTINI A., *Il codice criminale estense del 1855*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, 1999;

- MARTINI A., *Oblazione. Profili sostanziali*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 101 ss.;
- MARTUCCI R., *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma, 2002;
- MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018;
- MASI DORIA C., *Poteri, magistrature, processi nell'esperienza costituzionale romana*, Napoli, 2015;
- MASI DORIA C., *Salus populi suprema lex esto. Modelli costituzionali e prassi del Notstandsrecht nella Res Publica Romana*, in CURSI M. F. (a cura di), *Eccezione e regola. Un dialogo interdisciplinare*, Napoli, 2009;
- MASINI P. C., *Storia degli anarchici italiani nell'epoca degli attentanti*, Milano, 1981;
- MASSA M., *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2, 2021, p. 1 ss.;
- MASSA M., *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959;
- MASSARO A., *Appunti di diritto penale europeo*, Torino, 2020;
- MASTROBERTI F., *Costituzioni e costituzionalismo tra Francia e Regno di Napoli, 1796-1815*, Bari, 2014; REBUFFA G., *Costituzioni e costituzionalismi*, Torino, 2009;
- MATTEUCCI N., *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2016;
- MATTEUCCI N., *Costituzionalismo*, in *Dizionario di politica*, Torino, 1983;
- MAUGERI A. M., *La confisca urbanistica alla ricerca di un difficile equilibrio tra le esigenze dell'efficienza e i principi della materia penale*, in *Arch. pen.*, 2, 2020, p. 19 ss.;
- MAUGERI A. M., PINTO DE ALBUQUERQUE P., *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (C. cost. 24/2019)*, in *Sist. penale*, 29 novembre 2019;
- MAUGERI A. M., *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa alle sanzioni amministrative comunitarie*, in GRASSO G.,

PICOTTI L., SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011;

MAZZA L., voce *Recidiva*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 68 ss.;

MAZZA L., *Il principio della proporzionalità fra reato e sanzione in alcune norme del testo unico delle leggi sulla caccia*, in *Giur. merito*, 1976, IV, p. 130 ss.;

MAZZAROLI L. A., «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale. *Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra-ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70, ss., 77 Cost, per tacer d'altri*, in *Federalismi*, 1, 2020;

MAZZOLARI B., *La censura su piattaforme digitali private: il caso Casa Pound c. Facebook*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, II, 1, 2020, p. 109 ss.;

MCILWAIN C. H., *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990;

MEALE A., *I regolamenti governativi tra principi ed effettività*, Bari, 2000;

MECACCI F., *Trattato di diritto penale*, Torino, 1901-1902;

MEDICO F., *I rapporti tra ordinamento costituzionale ed europeo dopo la sentenza n. 20/2019: verso un doppio custode del patrimonio costituzionale europeo?*, in *Il dir. Unione europea*, 2019, p. 87 ss.;

MELIS G., *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 2020;

MENGHINI A., MATTEVI E. (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere*, Napoli, 2020;

MEOLI C., *Il declino della legge statale*, in AA.VV., *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2016;

MERENDA I., *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Torino, 2022;

MERLINI S., TARLI BARBIERI G., *Il governo parlamentare in Italia*, Torino, 2017, pp. 1-74;

MESSINA R., *Introduzione allo studio dei delitti contro la personalità interna dello Stato*, Milano, 1981;

MESSINA S., *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947;

MEZZETTI L., *Tradizioni giuridiche e fonti del diritto*, Torino, 2020;

- MEZZETTI L., *Relazione*, ZILLETTI L., OLIVA F. (a cura di), *Il controllo di costituzionalità delle norme penali di favore. Verso un sindacato di legittimità costituzionale sulle scelte politiche criminali?*, Napoli, 2007;
- MICHELETTI D., *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli, 2021;
- MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 198;
- MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale. Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco. Relazione sul Libro I del Progetto*, Vol. V, Parte I, Roma, 1929;
- MOCCIA S. (a cura di), *Antigiuridicità e cause di giustificazioni. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Napoli, 1996;
- MODUGNO F., *Interpretazione costituzionale*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 8, 2019;
- MODUGNO F., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 11 luglio 2006;
- MODUGNO F., *Trasformazione della funzione legislativa. II, Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000;
- MODUGNO F., NOCILLA D., *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, p. 411 ss.;
- MODUGNO F., voce *Legge in generale. III. - Diritto costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 872 ss.;
- MODUGNO F., NOCILLA D., *Stato di assedio*, in *Nov. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971, p. 290 ss.;
- MOLARI A., *Il problema dell'unificazione delle pene e delle misure di sicurezza nella Costituzione italiana*, in BETTIOL G. (a cura di), *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964;
- MOLINARO L. B., *Dalle sezioni unite disco verde alla 'confisca urbanistica' anche in caso di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva. La Corte EDU 'convitato di pietra'*, in *Federalismi*, 24, 2020, p. 155 ss.;
- MONACO R., *Diritto internazionale pubblico*, Torino, 1971;

- MONTESQUIEU C. L., *Lo spirito delle leggi (Libri I- XIX)*, in FELICE D. (a cura di), *Montesquieu. Tutte le opere*, Milano, 2014;
- MORDECHAI RABELLO A., *Non liquet dal diritto moderno al diritto romano*, Modena, 1973;
- MORRONE A, *Articolo 1*, in CLEMENTI F., CUOCOLO L., ROSA F., VIGEVANI G. E., *La Costituzione italiana*, Vol. I, Bologna, 2021;
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976;
- MORTATI C., *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972;
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967;
- MOSCHIERA L., *Il controllo di costituzionalità "à la française": rilievi critici e comparatistici*, in *Riv. camm. dir.*, 11, 2020;
- MOTZO G., voce *Assedio (stato di)*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, p. 250 ss.;
- MUSCO E., *Sistema penale e legge regionale*, in *Giur. cost.*, 3, 1990, p. 838 ss.;
- MUSOTTO G., *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, 1953;
- NACAR B., *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, Padova, 2017;
- NALIN E., *L'applicabilità del diritto internazionale umanitario alle operazioni di peace-keeping delle Nazioni Unite*, Napoli, 2018;
- NAPOLEONI V., *L'onere dell'interpretazione conforme*, in MANES V., NAPOLEONI V. (a cura di), *La legge penale illegittima. Metodi, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, p. 49 ss.;
- NASCIMBENE B., *La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto*, in *Giustizia insieme*, 2021;
- NATALE A., *Le tappe della c.d. saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, in *Quest, giust.*, 7 dicembre 2017;
- NICOLÒ G., *Riflessioni sul principio di proporzionalità nella vita della sanzione penale*, in *Consulta online*, 2022, p. 1025 ss.;
- NICOSIA E., *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012;
- NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006;

- NICOSIA G., *L'ultimo dittatore*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 39, 1997, p. 73 ss.;
- NICOTRA I. A., *Per un governo di legislatura*, in AA. VV., *Riforme istituzionali e forme di governo. Un confronto*, in *Paper di federalismi*, 7 giugno 2023, p. 2 ss.;
- NICOTRA I. A., *La staffetta dei diritti e dei doveri oltre la crisi*, Napoli, 2022;
- NICOTRA I. A., *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e Potere legislativo*, in *Riv. AIC*, 1, 2021, p. 98 ss.;
- NICOTRA I. A., *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021;
- NICOTRA I. A., *Pena e reinserimento sociale ad un anno dalla "sentenza Torregiani"*, in *Riv. AIC*, 2, 30 maggio 2014;
- NICOTRA I. A., *Pena e reinserimento sociale ad un anno dalla "sentenza Torregiani"*, in AA.VV., *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torregiani della Corte EDU*, Napoli, 2014, p. 59 ss.;
- NICOTRA I. A., *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1995;
- NOVARESE D., *Istituzioni e processo di codificazione nel Regno delle Due Sicilie: le leggi penali del 1819*, Milano, 2000;
- NUCCI A., *Nesso di causalità e concorso di cause nel processo penale*, Roma, 2017;
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1984;
- NUVOLONE P., *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle pene*, in AA. VV., *Trent'anni di diritto e procedura penale, Studi, II*, Milano, 1969;
- OLIVIERI L., *Interpretazione e leggi di interpretazione autentica*, in ANZON A. (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore. Atti del seminario di Roma del 5 ottobre 2000*, Torino, 2001;
- ONIDA V., *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005;
- ONIDA V., *Guerra, diritto e costituzione*, in *Il Mulino*, 5, 1999, p. 958 ss.;
- ORLANDI R., *Delitto tentato*, in EPIDENDIO T., ROSI E. (a cura di), *Argomenti di diritto penale giurisprudenziale*, Milano, 2022;

- ORLANDO V. E., *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1890;
- ORLANDO V. E., *I criteri per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Arch. Giur.*, 1889, p. 107 ss.;
- PACE A., *Interpretazione costituzionale e interpretazioni per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 11 luglio 2006;
- PACE A., *Art. 17*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione.*, Bologna, 1977;
- PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2016;
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2017;
- PADULA C., *Art. 127*, in CRISAFULLI V., PALADIN L., BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, Milano, 2020;
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 1987;
- PAGLIARO A., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 1981, p. 25 ss.;
- PAGLIARO A., voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973;
- PAGLIARO A., voce *Legge penale*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973;
- PALADIN L., *Art. 76*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 76-82. La formazione delle leggi*, Bologna, 1979;
- PALADIN L., *Art. 77*, in BRANCA G. (a cura di) *Commentario della Costituzione. Artt. 76-82. La formazione delle leggi*, Bologna, 1979;
- PALAVERA R., *Sul dolo. Promuovere, discernere, recuperare volizioni nel sistema penale*, Pisa, 2020;
- PALAZZO F., *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 29.01.2016, p. 1 ss.;
- PALAZZO F., *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale: un terreno di tensioni ed incertezze*, in *Dir. pen. e proc.*, 11, 2022, p. 1345 ss.;
- PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorenti per la storia del pensiero*

- giuridico moderno, *Principio di legalità e diritto penale*, II, 36, Milano 2007, p. 1279 ss.;
- PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006;
- PALAZZO F., *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in AA.VV., *Diritto privato, 2001-2002, VII-VIII. L'interpretazione e il giurista*, Padova, 2003;
- PALAZZO F., *Legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993;
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979;
- PANIZZA D., *Diritto, società internazionale e guerra*, Padova, 1993;
- PANSINI G., *La giustizia criminale toscana nelle riforme di Pietro Leopoldo*, in *Atti e memorie della Accademia Petrarca di Lettere, arti e scienze*, 45, 2003, p. 303 ss.;
- PANZARASA M., *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2010, p. 1695 ss.;
- PANZAVOLTA M., *Art. 49. Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, in MASTROIANNI R., POLLICINO O., ALLEGREZZA S., PAPPALARDO F., RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017;
- PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009;
- PAPA M. I., *Il ruolo della Corte costituzionale nella ricognizione del diritto internazionale generale esistente e nella promozione del suo sviluppo progressivo. Osservazioni critiche a margine della sentenza n. 238/2014*, in *Riv. AIC*, 3, 2015;
- PARDO I., *Gli illeciti amministrativi, il nuovo reato di infrazione dell'obbligo di quarantena e il delitto di epidemia colposa. Effetti del DL 19/20 su procedimenti e misure in corso*, in *Giustizia insieme*, 28 marzo 2020;
- PARESCHI A., *Unione Europea e democrazia: dal deficit democratico alla difesa dello Stato di diritto*, in *Pandora Rivista*, 23 dicembre 2022;
- PARODI M., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: dinamiche sostanziali e prospettive di riforma*, Napoli, 2020;



PASETTI G., *Contributo alla dottrina degli usi negoziali*, Padova, 1982; A. PAVONE LA ROSA, voce *Usi normativi e usi negoziali*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, p. 513 ss.;

PAVICH G., *Il calcolo della pena*, Milano, 2019;

PELLEGRINI L., *Riserva di legge e competenza penale europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2011, p. 55 ss.;

PELLICCIOLI L., VELLUZZI V. (a cura di), *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, Pisa, 2014;

PELLISSERO M., *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in PALAZZO F., PALIERO C. E. (a cura di), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2010;

PELLIZZONE I., *Il ruolo del giudice penale nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione (e nazionali): battaglia di retroguardia o principio ineludibile da esporre a controlimite del diritto dell'Unione europea*, in BERNARDI A., CUPELLI C. (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017;

PELLIZZONE I., *Riserva di legge ed efficacia nel tempo e nello spazio della norma penale: possibili spazi per "interazioni" tra legge penale e fonti secondarie?*, in *Giur. cost.*, 5, 2008, p. 4103 ss.;

PERGAMI F., *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000;

PERLINGIERI P., FEMIA P., *Commento all'art. 76*, in PERLINGIERI P. (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001;

PERRONE D., *Nullum crimen sine iure*, *Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019;

PESSINA E., *Opuscoli di diritto penale*, Napoli, 1874;

PESSINA E., *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX*, Firenze, 1868;

PETROCELLI B., *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in *Saggi di diritto penale*, II Serie, Padova, 1965, p. 187 ss.;

PETROCELLI B., *Norma penale e regolamento*, in LEONE G. (a cura di), *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, Milano, 1960;

- PICCIRILLI G., *La “riserva di legge”. Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatali*, Torino, 2019;
- PICONE P., *Le autorizzazioni all’uso della forza tra sistema delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale*, in *Riv. dir. intern.*, 2005, p. 5 ss.;
- PICONE P., *Il peace-keeping nel mondo attuale: tra militarizzazione e amministrazione fiduciaria*, in *Riv. dir. intern.* 1996, p. 5 ss.;
- PIERGALLINI C., *Della legge penale*, in LATTANZI G., LUPO E. (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. I, *La legge penale e le pene*, Milano, 2000;
- PIERGALLINI C., *Norma penale e leggi regionali: la costruzione del “tipo”*, in DOLCINI E., PADOVANI T., PALAZZO F. (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, Milano, 1994;
- PIERGALLINI C., *La potestà penale delle Regioni, oggi: approfondimenti, reticenze e suggestioni di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 1574 ss.;
- PIERGALLINI C., *Il concorso di norme penali e norme sanzionatorie amministrative al banco di prova della Corte costituzionale: chiaroscuri di una decisione importante*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, p. 804 ss.;
- PINARD R. I., *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quad. cost.*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 3, 2020;
- PINELLI C., *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l’ordinamento internazionale e l’ordinamento comunitario*, in *Foro italiano*, V, 7.8, 2001, p. 145 ss.;
- PINNA P., *Guerra (stato di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993;
- PINNA P., *L’emergenza nell’ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1984;
- PINO G., *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, I, 2011, p. 965 ss.;
- PISANESCHI A., *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Riv. AIC*, 4, 2021;

- PITRUZZELLA G., *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Bari-Roma, 1998;
- PITTARO P., *Art. 25, commi 2 e 3*, in CRISAFULLI V., PALADIN L., BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;
- PITTARO P., voce *Depenalizzazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, X, Roma, 2007;
- PIVA D., *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli, 2020;
- PIZZORUSSO A., *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione.*, Bologna, 1993;
- PIZZORUSSO A., *Le norme sulla misura della pena e il controllo di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, p. 192 ss.;
- PLATAMURA V., *Una nuova frontiera europea per il diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 918;
- PLATONE, *Repubblica*, II, III, IV;
- PLAUMANN G., *Das sogenannte Senatus consultum ultimum, die Quasidiktatur der späteren römischen Republik*. in *Klio*, XIII, 3/4, 1913, p. 321 ss.;
- PODO C., *Successione di leggi penali*, in *Nov. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971;
- POGGI A., *Perché e a che condizioni l'elezione diretta del Presidente del Consiglio può essere utile alla razionalizzazione della forma di governo parlamentare*, in AA. VV., *Riforme istituzionali e forme di governo. Un confronto*, in *Paper di federalismi*, 7 giugno 2023, p. 2 ss.;
- POLICE A., *Commento all'art. 24 Cost.*, in CELOTTO A, BIFULCO R., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006;
- POLITI F., *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, 1997, p. 74 ss.;
- PREZIOSI S., *La causalità penale. Nell'orizzonte della «scienza nuova»*, Napoli, 2021;
- PROSDOCIMI S., *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993;
- PROSPERI A., *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*, Torino, 1996;

- PROVENZANO P., *Note minime in tema di sanzioni amministrative e “materia penale”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2018, p. 1073 ss.;
- PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Riv. AIC*, 2, 30 maggio 2014;
- PUGIOTTO A., *Scoppola e i suoi fratelli (L’ergastolo all’incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione)*, in *Riv. AIC*, 4, 2013;
- PUGIOTTO A., *La legge interpretativa i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003;
- PUGLIESE G., *Linee generali dell’evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in TEMPORINI H. (a cura di), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt (ANRW). Rise and decline of the Roman World*, II, 1982;
- PULITANÒ D., *Il giudice e la legge penale*, in *Quest. Giustizia*, 2, 2017;
- PULITANÒ D., *Sulla pena. Fra teoria, principi, politica*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 2, 2016, p. 559 ss.;
- PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 13 luglio 2015;
- PULITANÒ D., *Sull’interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in DOLCINI E., PALIERO C. E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006;
- QUADRI R., *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968;
- RACIOPPI F., BRUNELLI I., *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909;
- RAFFIOTTA E.C., *Norme di ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziale come fonti normative*, Bologna, 2020;
- RAFFIOTTA E. C., *Il Governo multilivello in Europa. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, Bologna, 2013;
- RAGGI L., *Contributo all’apprezzamento del concetto di equità*, in *Il Filangieri*, 1919, p. 31.;
- RANALDI V., *I diritti sociali, economici e del lavoro nell’Unione europea: evoluzione normativa e giurisprudenza della Corte di giustizia*, Roma, 2015;
- RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea ai fini dell’esecuzione (giudiziarica) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell’applicazione della CEDU*, in *Riv. AIC*, 2, 2015;

- RANDAZZO S., *Stato di eccezione, pestilenze e dictatores. L'emergenza "fisiologica" nel diritto pubblico romano*, in RANDAZZO S., MARTINO R., DONATIVI V., PANZAROLA A., LAURETI L. (a cura di), *Il diritto di fronte all'emergenza. Un percorso interdisciplinare*, Napoli, 2020;
- RANIERI S., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1956;
- RANULFO DI GLANVILLE, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, 1554;
- RAVERAIRA M., *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11/2018, 123 ss.;
- REPETTO G., *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea) tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 2958 ss.;
- REPETTO G., *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata applicazione dei controlimiti*, in *Rivista AIC*, 15 maggio 2016;
- REPETTO G., *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Riv. AIC*, 3, 2015;
- RESCIGNO G. U., *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 770 ss.;
- RESCIGNO U., *L'atto normativo*, Bologna, 1998;
- RICCIO S., *Recidiva*, in *Nov. Dig. It.*, XIV, Torino, 1964, p. 1959 ss.;
- RISTORI R., *Il reato continuato*, Padova, 1988;
- RIVERA I. (a cura di), *La legge di interpretazione autentica tra Costituzione e CEDU*, Tomi I-IV, 2015, reperibile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it);
- RIZZO E., *Il deficit democratico nell'Unione Europea: un problema sempre attuale*, in *Fogli di lavoro per il diritto internazionale*, 2021, 2.8, p. 3 ss.;
- ROCCHI F., *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità. Prospettive d'indagine nel sistema penale integrato*, Napoli, 2020;
- ROCCO A., *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, I, 1910, p. 497 ss.;

- ROIATI A., *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi*, Milano, 2012;
- ROLLA G., *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2, 15 maggio 2015;
- ROMANO B., *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 16 novembre 2018;
- ROMANO L., *Sindacato delle norme penali di favore*, in AA.VV., *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2015;
- ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 58 ss.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale. I. artt. 1-84*, Milano, 1984;
- ROMANO M., *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, 1974;
- ROMANO S., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1941;
- ROMANO S., *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1939;
- ROMANO S., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1928;
- ROMBOLI R., *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Napoli, 2011, 2995 ss.;
- RONCO M., *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. II, Napoli, 2011;
- RONZITTI N., *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2021;
- RONZITTI N., *L'art. 11 della Costituzione. Baluardo della vocazione internazionale dell'Italia*, Napoli, 2011;
- ROSINI M., *L'attuazione del diritto dell'Unione europea nel più recente periodo: la legge di delegazione europea e la legge europea alla luce della prassi applicativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2017, p. 1 ss.;
- ROSONI I., *Dalle codificazioni preunitarie al Codice Rocco*, in INSOLERA G., MAZZACUVA N., PARAVINI M., ZANOTTI M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino, 2012;

- ROTOLO G., “*Medicina difensiva*” e giurisprudenza in campo penale: alcuni cenni a proposito di un rapporto controverso, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 1259;
- RUBECHI M., *I d.P.C.m. della pandemia: considerazioni attorno ad in atto da regolare*, in *Federalismi*, 27, 2021, p. 176 ss.;
- RUGA RIVA C., *Diritto penale dell’ambiente*, Torino, 2021;
- RUGA RIVA C., *Diritto penale, regioni e territorio*, Milano, 2004;
- RUGGERI A., *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *Consulta online*, 2020, 406 ss.;
- RUGGERI A., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta online*, 2019, p. 108 ss.;
- RUGGERI A., *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta online*, 1, 25 febbraio 2019;
- RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009;
- RUGGERI S., *Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 603 ss.;
- RUOTOLO M., *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC*, 2019, 644 ss.;
- RUOTOLO M., *Delega legislativa*, in CASSESE S. (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, III, Milano, 2006, p. 1760 ss.;
- RUOTOLO M., SPUNTATELLI S., *Commento all’art. 76 Cost.*, in CELOTTO A., BIFULCO R., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006;
- SABBATUCCI G., VIDOTTO V., *Il mondo contemporaneo. Dal 1848 a oggi*, Bari-Roma, 2019;
- SACCARO G., *Superamento del divieto di ne bis in idem causa Menci (C-524/15). Nota alla sentenza della Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, del 20 marzo 2018*, in *Koreuropa*, 2019, p. 169 ss.;

- SACCO R., *Consuetudine (I agg.)*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 2010;
- SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, in SACCO R. (a cura di), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1992;
- SAGONE C., *Territorio e ordinamento costituzionale. Antiche Suggestioni e nuovi scenari*, Napoli, 2022;
- SAGONE C., *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell'ordinamento regionale*, in *Riv. AIC*, 4, 2020, p. 95 ss.;
- SAITTA A., *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. Cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta online*, 2021, p. 841 ss.;
- SALAZAR L., *L'adeguamento interno da parte italiana al regolamento Eppo alla vigilia dell'avvio delle prime indagini*, in *Sistema Penale*, 4, 2021, p. 53 ss.;
- SALCUNI G., *Dolo*, in EPIDENDIO T., ROSI E. (a cura di), *Argomenti di diritto penale giurisprudenziale*, Milano, 2022;
- SALCUNI G., *L'europizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011;
- SALVADORI M. L., *Storia d'Italia. Il cammino tormentato di una nazione. 1848-2016*, Torino, 2018;
- SALVEMINI P., *Riflessioni sulla legittimità costituzionale ed europea del doppio binario sanzionatorio a margine di Corte cost. nn. 102 e 112 del 2016*, in *Riv. AIC*, 4, 2017;
- SANDULLI A. M., *Legge (diritto costituzionale)*, in *Nov. Dig. It.*, IX, Torino, 1963;
- SANT'AMBROGIO, *Apologia altera profetae David*, III, 8, 390 circa;
- SANTALUCIA B., *La giustizia penale in Roma antica*, Bologna, 2013;
- SANTALUCIA B., *Incendiari, ladri, servi fuggitivi: i grattacapi del prefectus vigilum*, in *Index*, 40, 2012, p. 387 ss.;
- SANTALUCIA B., *Le formalità introduttive del processo per quaestiones tardo-repubblicano*, in SANTALUCIA B. (a cura di), *La repressione criminale nella norma repubblicana tra norma e persuasione*, Pavia, 2009, p. 93 ss.;
- SANTALUCIA B., *Sacertà e processi rivoluzionari plebei. A Proposito di un libro recente*, in AA. VV., *Studi per Giovanni. Nicosia*, VII, Milano, 2007;



- SANTALUCIA B., *Accusatio e inquisitio nel processo romano di età imperiale*, in AA.VV., *Seminario Complutenses de Derecho Romano*, 14, 2002;
- SANTALUCIA B., *Processi 'fuori turno' e quaestiones extra ordinem. Spunti critici*, in *Collatio iuris romani. Études dédiées à H. Ankum*, II, Amsterdam, 1995, p. 437 ss.;
- SANTALUCIA B., *'Longius ab urbe mille passum'. Cittadini e provocatio in Italia prima delle leges Porciae*, in AA.VV., *Presidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana. Atti del Convegno internazionale di Copanello*, 1992, Napoli, 1994, p. 63 ss.;
- SANTALUCIA B., *La legislazione sillana in materia di falso nummario*, in *Iura*, 30, 1979, p. 1 ss.;
- SANTOCINI G., *Sovranità e giustizia nella Restaurazione pontificia. La riforma della organizzazione della giustizia criminale nei lavori preparatori del Motu Proprio del 1816*, Torino, 1996;
- SANTORO A., *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1958;
- SARTORI G., *Ingegneria costituzionale comparata*, Bologna, 2013;
- SARTORI G., voce *Dittatura*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 356 ss.;
- SATURNINO R., voce *Discrezionalità. II) Diritto penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, pp. 1-2;
- SCAFFARDI L., *Il potere giudiziario*, in FROSINI T. (a cura di), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, 2019;
- SCALIA V., *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'esempio degli obblighi di protezione del diritto alla vita*; in *Arch. pen.*, 3, 2020;
- SCARANO L., *La non esegibilità in diritto penale*, Napoli, 1948;
- SCEVI P., *L'interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell'interpretazione estensiva*, in *Arch. pen.*, 1, 2020, p. 1;
- SCEVOLA R., *Intorno alla controversa natura del senatusconsultum ultimum e alle sue eventuali connessioni con l'originaria accezione del termine-concetto 'colpo di Stato'*, in *Cahiers Adriana Petracchi. Quaderni di studi storici*, III, 2013, p. 131 ss.;

SCHIAVELLO A., *L'eterno ritorno della contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo. Una replica a Salvatore Amato*, in MANIACI G., PINO G., SCHIAVELLO A. (a cura di), *Ragione pubblica e separazione tra diritto e morale*, Palermo, 2009;

SCHMITT C., *La tirannia dei valori*, in G. GURISATTI (a cura di), Milano, 2008;

SCHMITT C., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, in MIGLIO G., SCHIERA P. (a cura di), Bologna, 1972;

SCIACCA G., *Principio di legalità e ordinamento canonico e suoi riflessi nel diritto penale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 11, 2019, p. 1 ss.;

SCIALOJA V., *L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo*, in *Atti della Società italiana per il progresso delle Scienze*, Terza riunione – Settembre 1909, Roma 1910, p. 367 ss.;

SCLOPIS F., *Storia della legislazione italiana dall'epoca della Rivoluzione francese, 1789, a quella delle riforme italiane, 1847*, Torino, 1863-1864;

SCOLETTA M., *Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte EDU sulla legittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 19 giugno 2019;

SCOLETTA M., *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2 aprile 2019;

SCOLETTA M., *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in PALIERO C. E., VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 195 ss.;

SCOLETTA M., *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Pavia, 2012;

SCOVAZZI M., *Aspetti del diritto penale germanico*, in AA.VV., *Studi dell'Università di Pavia*, XXXVIII, 1960;

SCOVAZZI M., *Le origini del diritto germanico. Fonti, preistoria del diritto pubblico*, Milano, 1957;

SEMERARO M., *La restaurazione*, in DI SIMONE M.R. (a cura di), *Profilo di storia del diritto penale dal medioevo alla restaurazione*, Torino, 2012;

SEMERARO P., *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, Padova, 1986;

SEMINARA S., *Il delitto tentato*, Milano, 2013;

SICURELLA R., *Spazio europeo e giustizia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 849 ss.;

SICURELLA R., *Art. 49. Legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale*, in MASTROIANNI R., POLLICINO O., ALLEGREZZA S., PAPPALARDO F., RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017;

SICURELLA R., *Questioni di metodo nella costruzione della teoria delle competenze in materia penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011;

SILVESTRI G., *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Riv. AIC*, 2, 30 maggio 2014;

SILVESTRI G., *Lo stato di diritto nel XXI secolo*, in *Riv. AIC*, 2, 26 maggio 2011;

SILVESTRI G., *La separazione dei poteri*, Milano, 1984;

SIMONCINI A., *Le funzioni del decreto legge*, Milano 2003;

SINAGRA A., BARGIACCHI P., *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2019;

SINAGRA A., BARGIACCHI P., *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009;

SINAGRA A., *Il problema della sovranazionalità comunitaria e i rapporti tra gli ordinamenti anche alla luce della cosiddetta futura Costituzione europea*, in MARESCA M. (a cura di), *Valori e principi nella Costituzione europea. Il diritto alla mobilità*, Bologna, 2004;

SINAGRA A., *Il sistema comunitario dopo l'Atto unico europeo e le sue incidenze sull'ordinamento giuridico ed istituzionale italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 1992, p. 107;

SINATTI D'AMICO F., *Le prove giudiziarie nel diritto longobardo*, Milano, 1968;

SINISCALCO M., *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1987;

- SINISCALCO M., *Giustizia penale e Costituzione*, Torino, 1966;
- SINNIGEN W. G., *The Vicarius Urbis Romae and the Urban Praefecture*, in *Historia*, 8, 1959, p. 97 ss.;
- SINNIGEN W. G., *The Officium of the Urban Prefecture during the Later Roman Empire*, Roma, 1957;
- SIRACUSANO D., *In tema di discrezionalità nell'applicazione della pena. Appunti sulla motivazione dell'applicazione della pena*, in *Foro pen.*, 1957, p. 369 ss.;
- SISCO E., *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2021;
- SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2019;
- SORRENTINO F., *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1995;
- SORRENTINO F., *Lezioni sulla riserva di legge*, Vol. I e II, Genova, 1980;
- SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2012, p. 111 ss.;
- SOTIS C., *Il limite quale controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *Dir. penale contemporaneo*, 14 ottobre 2016;
- SOTIS C., *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penale dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1150 ss.;
- SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007;
- SPADACINI L., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. L'esperienza nordamericana e il differente approccio delle democrazie europee*, Brescia, 2012;
- SPASARI M., *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966;
- SPATARO O., *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari della giurisprudenza*, Palermo, 2022;
- SPATARO O., *Stato di emergenza e legalità costituzionale alla prova della pandemia*, in *Federalismi*, 11, 2022;

STILE A. M., *Il codice penale del 1819 per lo Regno delle Due Sicilie*, in VINCIGUERRA S. (a cura di), *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, 1999;

STILE A. M., *Prospettive di riforma della commisurazione della pena*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive. Atti del Convegno, Palermo 7-10 novembre 1991*, Milano, 1993;

STILE A. M., *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Il Tommaso Natale, Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, 1979, p. 274 ss.;

STILE A. M., *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza delle circostanze*, Napoli, 1971;

STORTI P., *Il contributo degli storici del diritto (e non solo) alla riflessione su 'le legalità e le crisi della legalità'*, in STORTI C. I (a cura di), *Le legalità e le crisi della legalità*, Torino, 2016;

TAKANEN F., *Responsabilità civile e penale medica: percorsi logici di dottrina e giurisprudenza*, Padova, 2022;

TALAMANCA M., *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in CAPOGROSSI COLOGNESI L., CURSI M. F. (a cura di), *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli, 2008, p. 41 ss.;

TARELLO G., *Chi ci salverà dal governo dei giudici?*, in *Mondoperaio*, 3, 1984, p. 28 ss.;

TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980;

TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna, I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976;

TARELLO G., *La «Scuola dell'esegesi» e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano, 1969;

TASCONE M. G., voce *Applicazione della pena*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1988, p. 1 ss.;

TEGA D., *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»*, in *Quad. cost.*, 2015, p. 402 ss.

TELARO V., *Il diritto d'asilo costituzionale: premesse storiche e questioni attuali nel rapporto di integrazione multilivello tra le fonti*, in *Federalismi.it*, 17, 2022, p. 68 ss.;

TELARO V., *I servizi di rete sociale (social network) come spazio pubblico d'espressione politica. Verso il "giudice" digitale?*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 3, 2021, p. 829 ss.;

TELARO V., *Presunzione di innocenza e ragionevole durata del processo per il soggetto danneggiato tra spinte europee e (possibili) resistenze nazionali*, in *Il Penalista*, 18 dicembre 2020;

TELARO V., *Mandato d'arresto europeo e rispetto dei diritti fondamentali*, Enna, 2015;

TELESCA M., *Contributo all'analisi dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2022;

TOMULESCU C. ST., *Infractions de droit pénal public dans la loi des XII Tables*, in *Revue internationale de droit de l'antiquité*, 26, 1979, p. 437 ss.;

TONDO S., *Introduzione alle 'leges regiae'*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 37, 1971, p. 1 ss.;

TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2021;

TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2019;

TORRE M., *Il diritto contro se stesso, Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Firenze, 2019;

TOSCANO G., *Ai confini del sindacato di costituzionalità sulle norme penali in bonam partem*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 59, 1, 2016, p. 304 ss.;

TRAPANI M., *La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 3, 2018, p. 1693 ss.;

TRAPANI M., voce *Legge penale: I. Fonti*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990;

TRIEPEL H., *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899;

TRIGGIANI E., *Sopranazionalità e internazionalità nell'evoluzione dell'Unione*, in TUFANO M. L. (a cura di), *Cantiere Europa. Le riforme istituzionali dell'Europa*, Napoli, 2004;

TRINCI A., *Particolare tenuità del fatto*, Milano, 2016;

TRIPODI A. F., *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2017, p. 1070 ss.;

TRIPODI A., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 9 marzo 2014;

TROMBINO M., *Sovranità*, in BARBERA A. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari-Roma, 2020;

TURCO E., *Tenuità del fatto e processo penale*, Bari, 2020;

UBERTIS G., *Diritti umani e mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 787 ss.;

UBIALI M. C., *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa sostanzialmente penale: per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 21 marzo 2017;

UNDIEMI L., *Il ricatto dei mercati. Difendere la democrazia, l'economia reale e il lavoro dall'assalto della finanza internazionale*, Milano 2014;

VALENTINO A., *Il mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e gli effetti nell'ordinamento interno*, in PELLIZZONE I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017;

VALLINI A., *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013;

VALVO A. L., *Brevi note critiche sulla procura europea*, in *Penale. Diritto e procedura*, 7 giugno 2022;

VALVO A. L., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2021;

VALVO A. L., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2019;

VALVO A. L., *Nota alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 febbraio 2017. Ricorso n. 43395/09 – Causa De Tommaso c. Italia*, in *Koreuropa*, 2019, p. 45 ss.;

- VAN DIJK P., VAN HOOF F., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, The Netherlands, 1998;
- VAN DROOGHENBROEK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, 2001;
- VARRASO G., *Il procedimento davanti al giudice di pace*, in UBERTIS G., VOENA G. P. (a cura di), *Trattato di procedura penale*, Milano, 2006;
- VARRASO G., *Il reato continuato tra processo ed esecuzione penale*, Padova, 2003;
- VASSALLI G., voce *Tipicità (dir. pen)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 535 ss.;
- VASSALLI G., *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1987;
- VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 297 ss.;
- VASSALLI G., *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942;
- VASSALLI G., «*Nullum crimen sine lege*», in *Giur. it.*, IV, 1939, p. 49 ss.;
- VECCHIO F., *Il lato oscuro della forza: corporativismo giudiziario, stato costituzionale e costituzionalismo*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2021, p. 37 ss.;
- VECCHIO F., *Pericolo populista e riforme della giustizia. A proposito di alcune insoddisfacenti proposte di riforma dell'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. AIC*, 2, 2021, p. 65 ss.;
- VECCHIO F., *Diritti e libertà fondamentali*, in T. FROSINI (a cura di), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, 2019;
- VECCHIO F.; *Profili di costituzionalità della nuova regolazione della responsabilità medica: dal rischio di una medicina difensiva a quello di una medicina corporativa?*, in *Osservatorio sulle fonti*, X, 3, 2017, p. 1 ss.;
- VECCHIO F., *I casi Melloni e Akeberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2, 2013;
- VECCHIO F., *Teoria costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Padova, 2013;
- VECCHIO F., *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Torino, 2012;



- VEDASCHI A., *Guerra e Costituzioni: spunti dalla comparazione*, in *Oss. costituzionale AIC*, 3, 2022, p. 47 ss.;
- VENAFRÒ E., *Scusanti*, Torino, 2002;
- VENDITTI R., *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, 1985;
- VENTURINI C., *Sanzione di crimini e principio di colpevolezza nell'assetto decemvirale: alcuni rilievi*, in CAPOGROSSI COLOGNESI L., CURSI M. F. (a cura di), *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli, 2008, p. 109 ss.;
- VENTURINI C., *Quaestiones ex senatus consulto*, in F. SERRAO (a cura di), *Legge e società nella repubblica romana*, II, Napoli, 2000, p. 211 ss.;
- VENTUROLI M., *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020;
- VIGANÒ F., *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sist. penale*, 19 gennaio 2021;
- VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021;
- VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?* in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, p. 4 ss.
- VIGANÒ F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 9 maggio 2016;
- VIGANÒ F., *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, 18 novembre 2016;
- VIGANÒ F., *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 3, 2014, p. 280 ss.;
- VIGANÒ F., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. IV, Napoli, 2011;
- VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 42 ss.;
- VIGANÒ F., *Norme comunitarie e riserva di legge statale in materia penale: i termini di una relazione (sempre più) problematica*, in *Quad. cost.*, 2, 2006, p. 366 ss.;

- VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000;
- VINCENTI U., *La partecipazione del senato nell'amministrazione della giustizia nei secoli III.IV d. C. (Oriente e Occidente)*, Padova, 1992;
- VINCIGUERRA S. (a cura di), *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, 1999;
- VINCIGUERRA S., *I codici penali sardo-piemontesi del 1839 e del 1859*, in VINCIGUERRA S. (a cura di), *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, 1999;
- VINCIGUERRA S. (a cura di), *Le leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli (1808)*, Padova, 1998;
- VINCIGUERRA S., *Leggi penali regionali*, Milano, 1974;
- VIOLA F., ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2016;
- VIOLA F., *La teoria della separazione tra diritto e morale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano, 1990;
- VITALE G., *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Corte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze n. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 10, 2019;
- VITUCCI G., *Ricerche sulla praefectura urbi in età imperiale (sec. I-III)*, Roma, 1956;
- VOCI P., *Diritto sacro romano in età arcaica*, in *Studi et documenta historiae et iuris*, 19, 1953, p. 38 ss.
- VOZZA D., *Offensività. Rapporti con la "particolare tenuità del fatto" nei reati con soglie di punibilità*, in EPIDENDIO T., ROSI E. (a cura di), *Argomenti di diritto penale giurisprudenziale*, Milano, 2022;
- WRÓBLEWSKI J., *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Vol. II, Torino, 1989;
- ZACCARIA G., *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars interpretandi*, 1, 2019, p. 7 ss.;

- ZACCARIA R., *L'uso delle fonti normative tra Governo e Parlamento*, in *Giur. cost.*, V, 2010, p. 4073 ss.;
- ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2017;
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992;
- ZAGREBELSKY G., voce *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 521 ss.;
- ZAGREBELSKY V., CHENAL R., TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2022;
- ZAGREBELSKY V., *Nozione e portata dell'indipendenza dell'Ordine giudiziario e dei giudici. Ruolo del Consiglio superiore della magistratura*, in *Oss. costituzionale AIC*, 6, 2019, p. 82 ss.;
- ZANARDELLI G., *Relazione a S. M. il Re del Ministro Guardasigilli (ZANARDELLI) nell'udienza del 30 giugno 1889 per l'approvazione del testo definitivo del Codice Penale*, Roma, 1889;
- ZANETTI E., *La via italiana alla procura europea nella delega per l'implementazione del Regolamento (UE) 2017/1939*, in *Proc. pen. giust.*, 1, 2020, p. 264 ss.;
- ZANIOLO D., *Le circostanze di reato*, Torino, 2013;
- ZANOBINI G., *La potestà regolamentare e le norme della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1951, p. 551 ss.;
- ZANON F., *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, 2017;
- ZANON G., *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel principato*, Padova, 1998;
- ZANON N., *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2011, p. 315 ss.;
- ZANON N., *Relazione*, ZILLETTI L., OLIVA F. (a cura di), *Il controllo di costituzionalità delle norme penali di favore. Verso un sindacato di legittimità costituzionale sulle scelte politiche criminali?*, Napoli, 2007;

ZANOTTI M., *Principio di determinatezza e tassatività*, in INSOLERA G., MAZZACUVA N., PARAVINI M., ZANOTTI M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino, 2012;

ZAPPALÀ E.,(a cura di), *La giurisdizione specializzata nel processo penale minorile*, Torino, 2019;

ZARA M., *Le circostanze del reato*, Padova, 2006;

ZILLETTI L., OLIVA F. (a cura di), *Il controllo di costituzionalità delle norme penali di favore. Verso un sindacato di legittimità costituzionale sulle scelte politiche criminali?*, Napoli, 2007;

ZINCANI M., *Pene naturali e derogabilità dei minimi edittali*, in *Giur. pen. web*, 3, 14 marzo 2023.

# INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

## CORTE COSTITUZIONALE

Corte cost., sent. n. 21, 19-26 gennaio 1957, in *Bollettino Ufficiale della Regione autonoma della Sardegna*, n. 8, 4 marzo 1957;

Corte cost., sent. n. 104, 25 giugno-8 luglio 1957, in *Gazz. Uff.*, n. 174, 13 luglio 1957;

Corte cost., sent. n. 13, 17-29 marzo 1961, in *Gazz. Uff.*, n. 83, 1° aprile 1961;

Corte cost., sent. n. 15, 7-12 marzo 1962, in *Gazz. Uff.*, n. 72, 17 marzo 1962;

Corte cost., sent. n. 120, 28 giugno-9 luglio 1963, in *Gazz. Uff.*, n. 187, 13 luglio 1963;

Corte cost., sent. n. 14, 24 febbraio-17 marzo 1964, in *Gazz. Uff.*, n. 67, 14 marzo 1964;

Corte cost., sent. n. 36, 12-19 maggio 1964, in *Gazz. Uff.*, n. 126, 23 maggio 1964;

Corte cost., sent. n. 96, 19-26 novembre 1964, in *Gazz. Uff.*, n. 295, 28 novembre 1964;

Corte cost., sent. n. 9, 3-8 febbraio 1966, in *Gazz. Uff.*, n. 38, 12 febbraio 1966;

Corte cost., sent. n. 26, 17-23 marzo 1966, in *Gazz. Uff.*, n. 76, 26 marzo 1966;

Corte cost., sent. n. 53, 9-29 maggio 1968, in *Gazz. Uff.*, n. 139, 1° giugno 1968;

Corte cost., sent. n. 168, 5-8 luglio 1971, in *Gazz. Uff.*, n. 177, 14 luglio 1971;

Corte cost., sent. n. 113, 20-27 giugno 1972, in *Gazz. Uff.*, n. 165, 28 giugno 1972;

Corte cost., sent. n. 21, 14 febbraio-1° marzo 1973, in *Gazz. Uff.*, n. 62, 7 marzo 1973;

Corte Cost., sent. n. 183, 18-27 dicembre 1973, in *Gazz. Uff.*, n. 2, 2 gennaio 1974;

Corte cost., sent. n. 204, 27 giugno-4 luglio 1974, in *Gazz. Uff.*, n. 180, 10 luglio 1974;

Corte cost, sent. n. 218, 27 giugno-9 luglio 1974, in *Gazz. Uff.*, n. 187, 17 luglio 1974;

Corte Cost., sent. n. 188, 27 giugno-8 luglio 1975, in *Gazz. Uff.*, n. 158, 10 giugno 1975;

Corte cost, sent. n. 218, 27 giugno-9 luglio 1974, in *Gazz. Uff.*, n. 187, 17 luglio 1974;

Corte cost., sent. n. 232, 22-30 ottobre 1975, in *Gazz. Uff.*, n. 293, 5 novembre 1975;

Corte cost, sent. n. 26, 12-19 febbraio 1976, in *Gazz. Uff.*, n. 51, 25 febbraio 1976;

Corte cost, sent. n. 85, 6-14 aprile 1976, in *Gazz. Uff.*, n. 105, 21 aprile 1976;

Corte cost, sent. n. 176, 12-14 luglio 1976, in *Gazz. Uff.*, n. 191, 21 luglio 1976;

Corte cost., ord. n. 11, 4-12 gennaio 1977, in *Gazz. Uff.*, n. 17, 19 gennaio 1977;

Corte cost., sent. n. 79, 11-12 maggio 1977, in *Gazz. Uff.*, n. 134, 18 maggio 1977;

Corte cost., sent. n. 62, 15 giugno-4 luglio 1979, in *Gazz. Uff.*, n. 189, 11 luglio 1979;

Corte cost, sent. n. 50, 2-14 aprile 1980, in *Gazz. Uff.*, n. 112, 23 aprile 1980;

Corte Cost., sent. n. 96, 9 aprile-8 giugno 1981, in *Gazz. Uff.*, n. 158, 10 giugno 1981;

Corte cost, sent. n. 103, 20-27 maggio 1982, in *Gazz. Uff.*, n. 150, 2 giugno 1982;

Corte cost, sent. n. 148, 18-24 maggio 1983, in *Gazz. Uff.*, n. 155, 6 giugno 1983;

Corte cost., sent. n. 148, 2-3 giugno 1983, in *Gazz. Uff.*, n. 163, 15 giugno 1983;

Corte Cost., sent. n. 170, 5-8 giugno 1984, in *Gazz. Uff.*, n. 169, 20 giugno 1984;

Corte cost., sent. n. 51, 19-22 febbraio 1985, in *Gazz. Uff.*, n. 50, 27 febbraio 1985;

Corte cost., sent. n. 364, 24-30 marzo 1988, in *Gazz. Uff.*, n. 13, 30 marzo 1988;

Corte cost., sent. n. 1085, 30 novembre-13 dicembre 1988, in *Gazz. Uff.*, n. 51, 21 dicembre 1988;

Corte cost, sent. n. 49, 9-16 febbraio 1989, in *Gazz. Uff.*, n. 8, 22 febbraio 1989;

Corte cost., sent. n. 409, 6- 18 luglio 1989, in *Gazz. Uff.*, n. 29, 26 luglio 1989;

Corte cost., sent. n. 282, 11-14 giugno 1990, in *Gazz. Uff.*, n. 25, 20 giugno 1990;

Corte cost., sent. n. 309, 14-22 giugno 1990, in *Gazz. Uff.*, n. 26, 27 giugno 1990;

Corte cost., sent. n. 333, 10-11 luglio 1991, in *Gazz. Uff.*, n. 29, 24 luglio 1991;

Corte cost., ord. n. 250, 20 maggio-3 giugno 1992, in *Gazz. Uff.*, n. 25, 10 giugno 1992;

Corte cost., sent. n. 343, 20-28 luglio 1993, in *Gazz. Uff.*, n. 32, 4 agosto 1993;

Corte cost., sent. n. 168, 27-28 aprile 1994, in *Gazz. Uff.*, n. 19, 4 maggio 1994;

Corte cost., sent. n. 341, 19-5 luglio 1994, in *Gazz. Uff.*, n. 32, 3 agosto 1994;

Corte cost., sent. n. 34, 3-13 febbraio 1995, in *Gazz. Uff.*, n. 7, 15 febbraio 1995;

Corte cost., sent. n. 362, 13-24 luglio 1995, in *Gazz. Uff.*, n. 34, 16 agosto 1995;

Corte cost., sent. n. 391, 20-26 luglio 1995, in *Gazz. Uff.*, n. 34, 16 agosto 1995;

Corte cost., sent. n. 356, 14-22 ottobre 1996, in *Gazz. Uff.*, n. 44, 30 ottobre 1996;

Corte cost., sent. n. 360, 17-24 ottobre 1996, in *Gazz. Uff.*, n. 44, 30 ottobre 1996;

Corte cost., sent. n. 370, 17 ottobre-2 novembre 1996, in *Gazz. Uff.*, n. 45, 6 novembre 1996;

Corte cost., sent. n. 176, 8-20 maggio 1998, in *Gazz. Uff.*, n. 21, 27 maggio 1998;

Corte cost., sent. n. 1, 17 dicembre 1999-7 gennaio 2000, in *Gazz. Uff.*, n. 2, 12 gennaio 2000;

Corte cost., sent. n. 295, 19-28 giugno 2002, in *Gazz. Uff.*, n. 26, 3 luglio 2002;

Corte cost., sent. n. 327, 1°-9 luglio 2002, in *Gazz. Uff.*, n. 28, 17 luglio 2002;

Corte cost., ord. n. 394, 27 marzo-24 aprile 2003, in *Gazz. Uff.*, n. 17, 30 aprile 2003;

Corte cost., sent. n. 134, 23 maggio-4 giugno 2003, in *Gazz. Uff.*, n. 23, 11 giugno 2003;

Corte Cost., sent. n. 5, 18 dicembre 2003-13 gennaio 2004, in *Gazz. Uff.*, n. 3, 21 gennaio 2004;

Corte cost., sent. n. 185, 21-24 giugno 2004, in *Gazz. Uff.*, n. 25, 30 giugno 2004;

Corte cost., sent. n. 53, 13-28 gennaio 2005, in *Gazz. Uff.*, n. 5, 2 febbraio 2005;

Corte cost., sent. n. 393, 23 ottobre-23 novembre 2006, in *Gazz. Uff.*, n. 47, 29 novembre 2006;

Corte cost., sent. n. 394, 8-23 novembre 2006, in *Gazz. Uff.*, n. 47, 29 novembre 2006;

Corte cost., sent. n. 396, 8-23 novembre 2006, in *Gazz. Uff.*, n. 47, 29 novembre 2006;

Corte cost., sent. n. 348, 22-24 ottobre 2007, in *Gazz. Uff.*, n. 42, 31 ottobre 2007;

Corte cost., sent. n. 349, 22-24 ottobre 2007, in *Gazz. Uff.*, n. 42, 31 ottobre 2007;

Corte cost., sent. n. 72, 12-28 marzo 2008, in *Gazz. Uff.*, n. 15, 2 aprile 2008;

Corte Cost., sent. n. 327, 30 luglio-1° agosto 2008, in *Gazz. Uff.*, n. 33, 6 agosto 2008;

Corte cost., sent. n. 387, 19-25 novembre 2008, in *Gazz. Uff.*, n. 50, 3 dicembre 2008;

Corte cost., sent. n. 21, 26-30 gennaio 2009, in *Gazz. Uff.*, n. 5, 4 febbraio 2009;

Corte cost., ord. n. 97, 1° aprile-2 aprile 2009, in *Gazz. Uff.*, n. 14, 8 aprile 2009;

Corte cost., sent. n. 311, 16-26 novembre 2009, in *Gazz. Uff.*, n. 48, 2 dicembre 2009;

Corte cost., sent. n. 239, 16-24 luglio 2009, in *Gazz. Uff.*, n. 30, 29 luglio 2009;

Corte cost., sent. n. 28, 25-28 gennaio 2010, in *Gazz. Uff.*, n. 5, 3 febbraio 2010;

Corte cost., sent. n. 83, 24 febbraio-5 marzo 2010, in *Gazz. Uff.*, n. 10, 10 marzo 2010;

Corte cost., sent. n. 196, 26 maggio-4 giugno 2010, in *Gazz. Uff.*, n. 23, 9 giugno 2010;

Corte cost., sent. n. 196, 26 maggio-4 giugno 2010, in *Gazz. Uff.*, n. 23, 9 giugno 2010;

Corte cost., sent. n. 80, 7-11 marzo 2011, in *Gazz. Uff.*, n. 12, 16 marzo 2011;



Corte cost., sent. n. 113, 4-7 aprile 2011, in *Gazz. Uff.*, n. 16, 13 aprile 2011;

Corte cost., sent. n. 236, 19-22 luglio 2011, in *Gazz. Uff.*, n. 32, 27 luglio 2011;

Corte cost., sent. n. 22, 13-16 febbraio 2012, in *Gazz. Uff.*, n. 8, 22 febbraio 2012;

Corte cost., sent. n. 68, 19-23 marzo 2012, in *Gazz. Uff.*, n. 13, 28 marzo 2012;

Corte cost., sent. n. 78, 2-5 aprile 2012, in *Gazz. Uff.*, n. 15, 11 aprile 2012;

Corte cost., sent. n. 230, 8-12 ottobre 2012, in *Gazz. Uff.*, n. 41, 17 ottobre 2012;

Corte cost., sent. n. 251, 5-15 novembre 2012, in *Gazz. Uff.*, n. 46, 21 novembre 2012;

Corte cost., sent. n. 210, 3-18 luglio 2013, in *Gazz. Uff.*, n. 30, 24 luglio 2013;

Corte cost., sent. n. 5, 15-23 gennaio 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 5, 29 gennaio 2014;

Corte cost., sent. n. 32, 12-25 febbraio 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 11, 5 marzo 2014;

Corte cost., sent. n. 46, 10-13 marzo 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 13, 19 marzo 2014;

Corte cost., sent. n. 105, 14-18 aprile 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 18, 23 aprile 2014;

Corte cost., sent. n. 106, 14-18 aprile 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 18, 23 aprile 2014;

Corte cost., sent. n. 238, 22 ottobre 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 45, 29 ottobre 2014;

Corte cost., sent. n. 251, 3-7 novembre 2014, in *Gazz. Uff.*, n. 47, 12 novembre 2014;

Corte cost., sent. n. 49, 14 gennaio-26 marzo 2015, in *Gazz. Uff.*, n. 13, 1° aprile 2015;

Corte cost., sent. n. 185, 8-23 luglio 2015, in *Gazz. Uff.*, n. 30, 29 luglio 2015;

Corte cost., sent. n. 74, 24 febbraio-7 aprile 2016, in *Gazz. Uff.*, n. 15, 13 aprile 2016;

Corte cost., sent. n. 102, 8 marzo-12 maggio 2016, in *Gazz. Uff.*, n. 20, 18 maggio 2016;

Corte cost., ord. n. 163, 1° giugno-7 luglio 2016, in *Gazz. Uff.*, n. 28, 13 luglio 2016;

Corte cost., sent. n. 196, 6-20 luglio 2016, in *Gazz. Uff.*, n. 30, 27 luglio 2016;

Corte cost., sent. n. 200, 31 maggio-21 luglio 2016, in *Gazz. Uff.*, n. 30, 27 luglio 2016;

Corte cost., sent. n. 236, 21 settembre-10 novembre 2016, in *Gazz. Uff.*, n. 46, 16 novembre 2016;

Corte cost., sent. n. 16, 7 dicembre 2016-24 gennaio 2017, in *Gazz. Uff.*, n. 5, 1° febbraio 2017;

Corte cost., ord. n. 24, 23 novembre 2016-26 gennaio 2017, in *Gazz. Uff.*, n. 5, 1° febbraio 2017;

Corte cost., sent. n. 170, 23 maggio-12 luglio 2017, in *Gazz. Uff.*, n. 29, 19 luglio 2017;

Corte cost., sent. n. 205, 21 giugno-17 luglio 2017, in *Gazz. Uff.*, n. 29, 19 luglio 2017;

Corte Cost., sent. n. 269, 7 novembre-14 dicembre 2017, in *Gazz. Uff.*, n. 51, 20 dicembre 2017;

Corte cost., sent. n. 68, 23 gennaio-5 aprile 2018 in *Gazz. Uff.*, n. 15, 11 aprile 2018;

Corte cost., sent. n. 115, 10 aprile 2018 -31 maggio 2018, in *Gazz. Uff.*, n. 23, 6 giugno 2018;

Corte cost., sent. n. 121, 11 aprile-13 giugno 2018, in *Gazz. Uff.*, n. 25, 20 giugno 2018;

Corte cost., sent. n. 137, 9 maggio-27 giugno 2018, in *Gazz. Uff.*, n. 27, 4 luglio 2018;

Corte cost., ord. n. 207, 24 ottobre-16 novembre 2018, in *Gazz. Uff.*, n. 46, 21 novembre 2018;

Corte cost., sent. n. 222, 25 settembre-5 dicembre 2018, in *Gazz. Uff.*, n. 49, 12 dicembre 2018;

Corte cost., ord. n. 17, 10 gennaio-8 febbraio 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 7, 13 febbraio 2019;

Corte Cost., sent. n. 20, 23 gennaio-21 febbraio 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 9, 27 febbraio 2019;

Corte cost., sent. n. 24, 24 gennaio-27 febbraio 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 10, 6 marzo 2019;

Corte cost., sent. n. 25, 24 gennaio-27 febbraio 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 10, 6 marzo 2019;

Corte cost., sent. n. 40, 23 gennaio-8 marzo 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 11, 13 marzo 2019;

Corte cost., sent. n. 63, 20 febbraio-21 marzo 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 13, 27 marzo 2019;

Corte cost., sent. n. 88, 19 febbraio-17 aprile 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 17, 24 aprile 2019;

Corte cost., sent. n. 97, 7 marzo-18 aprile 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 17, 24 aprile 2019;

Corte Cost., ord. n. 117, 6 marzo-10 maggio 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 20, 15 maggio 2019;

Corte cost., sent. n. 134, 7-29 maggio 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 23, 5 giugno 2019;

Corte cost., sent. n. 139, 8 maggio-6 giugno 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 24, 12 giugno 2019;

Corte cost., sent. n. 242, 25 settembre- 22 novembre 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 48, 27 novembre 2019;

Corte cost., sent. n. 258, 22 ottobre-6 dicembre 2019, in *Gazz. Uff.*, n. 50, 11 dicembre 2019;

Corte cost., sent. n. 96, 11 febbraio-20 maggio 2020, in *Gazz. Uff.*, n. 22, 27 maggio;

Corte cost., sent. n. 102, 6-29 maggio 2020, in *Gazz. Uff.*, n. 23, 3 giugno 2020;

Corte cost., sent. n. 32, 12-26 febbraio 2020, in *Gazz. Uff.*, n. 10, 4 marzo 2020;

Corte cost., sent. n. 73, 7-24 aprile 2020, in *Gazz. Uff.*, n. 18, 29 aprile 2020;

Corte cost., ord. n. 132, 9-26 giugno 2020, in *Gazz. Uff.*, n. 27, 1° luglio 2020;

Corte cost., sent. n. 149, 9 giugno-13 luglio 2020, in *Gazz. Uff.*, n. 29, 15 luglio 2020;

Corte cost., sent. n. 186, 9 luglio-31 luglio 2020, in *Gazz. Uff.*, n. 32, 5 agosto 2020;

Corte cost., sent. n. 55, 25 febbraio-31 marzo 2021, in *Gazz. Uff.*, n. 14, 7 aprile 2021;

Corte cost., sent. n. 68, 28 gennaio-16 aprile 2021, in *Gazz. Uff.*, n. 16, 21 aprile 2021;

Corte cost., ord. n. 97, 15 aprile-11 maggio 2021, in *Gazz. Uff.*, n. 19, 12 maggio 2021;

Corte cost., sent. n. 143, 26 maggio-8 luglio 2021, in *Gazz. Uff.*, n. 28, 14 luglio 2021;

Corte cost., sent. n. 150, 22 giugno-12 luglio 2021, in *Gazz. Uff.*, n. 28, 14 luglio 2021;

Corte cost., sent. n. 198, 23 settembre- 22 ottobre 2021, in *Gazz. Uff.*, n. 43, 27 ottobre 2021;

Corte cost., ord. n. 122, 10-13 maggio 2022, in *Gazz. Uff.*, n. 20, 18 maggio 2022;

Corte cost., sent. n. 149, 10 maggio-16 giugno 2022, in *Gazz. Uff.*, n. 25, 22 giugno 2022;

Corte cost., ord. n. 227, 8 novembre-10 novembre 2022, in *Gazz. Uff.*, n. 46, 16 novembre 2022.

## **CORTE DI CASSAZIONE**

Cass. pen., Sez. II, 3 aprile 1979, in *Giust. pen.*, II, 1980, p. 349;

Cass. pen., Sez. III, n. 5524, 18 marzo 1983;

Cass. pen., Sez. Un., n. 3, 31 gennaio-27 febbraio 1987;

Cass., Sez. I, n. 10233, 19 ottobre 1988;

Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 1990, in *Foro it.*, 115, p. 36 ss.;

Cass., Sez. I, n. 11344, 10 maggio 1993;

Cass. pen, Sez. Un., n. 11635, 12 novembre-21 dicembre 1993;

Cass. pen., Sez. Un., n. 16, 5 ottobre 1994;

Cass. pen., Sez. VI, n. 3383, 21 settembre 2001;

Cass. pen., Sez. Un., n. 30328, 10 luglio-11 settembre 2002;

Cass. pen., Sez. Un., n. 22327, 30 ottobre 2002, 21 maggio 2003;

Cass. civ., Sez. Un., n. 5044, 6 novembre 2003-11 marzo 2004;

Cass. pen., Sez. Un., n. 33748, 12 luglio-20 settembre 2005;

Cass. pen, Sez. Un., n. 41936, 25 ottobre-22 novembre 2005;

Cass. pen., Sez. I, n. 43398, 25 ottobre-30 novembre 2005;

Cass. pen., Sez. V, n. 8450, 17 gennaio-10 marzo 2006;

Cass. pen., Sez. I., n. 27121, 11 luglio-1° agosto 2006;

Cass. pen., Sez. I., n. 27858, 13 luglio-3 agosto 2006;

Cass. pen, Sez. III, n. 39354, 27 settembre 2007-24 ottobre 2007;

Cass. pen., Sez. VI, n. 46067, 10 dicembre 2007;

Cass. pen, Sez. V, n. 7319, 7 dicembre 2007-15 febbraio 2008;

Cass. civ, Sez. Un., ord. n. 1499-14211, 6 maggio-29 maggio 2008;

Cass. pen., Sez. V., n. 25096, 6 marzo 2009;

Cass. pen, Sez. I., n. 1072, 21 ottobre 2008-13 marzo 2009;

Cass. pen, Sez. III, n. 15707, 9 gennaio-14 aprile 2009;

Cass. pen., Sez. III., n. 42178, 29 settembre 2009-3 novembre 2009;

Cass. pen., Sez. I, n. 6591, 27 gennaio-18 febbraio 2010;

Cass. pen., Sez. I, n. 977, 27 ottobre 2010-13 gennaio 2011;

Cass. pen, Sez. I., n. 10983, 22 febbraio-16 marzo 2011;

Cass. pen, Sez. IV, n. 23262, 24 febbraio-9 giugno 2011;

Cass. pen, Sez. I., n. 30294, 24 giugno-29 luglio 2011;  
Cass. pen, Sez. III, n. 17967, 8 aprile-5 ottobre 2011;  
Cass. pen, Sez. V, n. 44126, 28 ottobre 2011-29 novembre 2011;  
Cass. pen, Sez. I, n. 9157, 8 febbraio-8 marzo 2012;  
Cass. pen., Sez. I, n. 19361, 24 febbraio-22 maggio 2012;  
Cass. pen., Sez. I, n. 26899, 25 maggio-9 luglio 2012;  
Cass. pen., Sez. I, n. 27640, 19 gennaio-11 luglio 2012;  
Cass. pen., Sez. I, n. 40464, 12 giugno-16 ottobre 2012;  
Cass. pen, Sez. Un., n. 36258, 24 maggio-20 settembre 2012;  
Cass. pen., Sez. VI, n. 44261, 18 giugno-30 novembre 2013;  
Cass. pen, Sez. V, n. 10594, 5 novembre 2013-5 marzo 2014;  
Cass. pen., Sez. I., n. 20476, 24 aprile-16 maggio 2014;  
Cass. pen., Sez. VI, n. 28009, 15 maggio-27 giugno 2014;  
Cass. pen, Sez. II., n. 37596, 11 luglio-12 settembre 2014;  
Cass. pen., Sez. Un., n. 38343, 24 aprile-18 settembre 2014;  
Cass. pen., Sez. Un., n. 42858, 29 maggio-14 ottobre 2014;  
Cass. pen, Sez. I, n. 4445, 13-30 gennaio 2015;  
Cass. pen., Sez. Un., n. 4880, 26 giugno 2014-2 febbraio 2015;  
Cass. pen., Sez. I, n. 7941, 19 dicembre 2014-23 febbraio 2015;  
Cass. pen., Sez. II, n. 8603, 6-26 febbraio 2015;  
Cass. pen., Sez. III, n. 20547, 14 aprile-19 maggio 2015;  
Cass. pen, Sez. Un., n. 31022, 29 gennaio-17 luglio 2015;  
Cass. pen., Sez. II, n. 42813, 2 luglio-26 ottobre 2015;  
Cass. pen., Sez. Un., n. 46653, 26 giugno-25 novembre 2015;  
Cass. pen., ord. n. 212, 8 luglio 2016;

Cass. pen., Sez. III, n. 28346, 30 marzo-8 luglio 2016;  
Cass. pen, Sez. I, n. 44126, 19 aprile-18 ottobre 2016;  
Cass. pen, Sez. I., n. 44193, 11 ottobre-18 ottobre 2016;  
Cass. pen, Sez. Un., n. 23469, 25 ottobre-18 novembre 2016.  
Cass. pen., Sez. Un., n. 40076, 27 aprile-5 settembre 2017;  
Cass. pen, Sez. II., n. 40889, 20 giugno-7 settembre 2017;  
Cass. pen., Sez. I, n. 43112, 6 luglio-20 settembre 2017;  
Cass. pen., Sez. II, ord. n. 49194, 11 ottobre-26 ottobre 2017;  
Cass. pen., Sez. I, n. 58023, 17 maggio-29 dicembre 2017;  
Cass. pen., Sez. II., n. 11076, 19 ottobre 2017-13 marzo 2018;  
Cass. pen., Sez. I, n. 40718, 23 febbraio-13 settembre 2018;  
Cass. pen, Sez. V, n. 1275, 23 ottobre 2018-11 gennaio 2019;  
Cass. pen., Sez. II, n. 7834, 8 novembre 2018-20 febbraio 2019;  
Cass. pen., Sez. IV, n. 9447, 30 gennaio-5 marzo 2019;  
Cass. pen., Sez. VII., n. 10458, 25 gennaio-11 marzo 2019;  
Cass. pen, Sez. III, n. 25322, 15 febbraio-7 giugno 2019;  
Cass. pen, Sez. Un., n. 28910, 28 febbraio-3 luglio 2019;  
Cass. pen, Sez. Un., n. 8544, 24 ottobre 2019-3 marzo 2020;  
Cass. pen., Sez. II, n. 10694, 30 novembre 2019-27 marzo 2020;  
Cass. pen., Sez. Un., n. 13539, 30 gennaio-30 aprile 2020;  
Cass. pen, Sez. Un., n. 14722, 30 gennaio-12 maggio 2020;  
Cass. civ., Sez. Un., n. 20442, 7 luglio-8 settembre 2020;  
Cass. pen., Sez. II, n. 35024, 9 ottobre-9 dicembre 2020;  
Cass. pen, Sez. Un., n. 10381, 26 novembre 2020-13 marzo 2021;  
Cass. pen., Sez. I, n. 7479, 2 marzo-18 marzo 2021;

Cass. pen., Sez. III, n. 10733, 12 febbraio-19 marzo 2021;  
Così Cass. pen, Sez. VI., n. 33240, 16 febbraio-8 settembre 2021;  
Cass. pen., Sez. II, n. 46054, 23 novembre-16 dicembre 2021;  
Cass. pen, Sez. VI., n. 1606, 11 novembre 2021-17 gennaio 2022.

### **GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA**

TAR Lazio, Sez. II bis, n. 11984, 18 maggio 2010;  
Cons. St., Sez. IV, n. 1220, 2 marzo 2010;  
Cons. St., Sez. I, parere n. 350, 13 maggio 2021.

### **GIURISPRUDENZA DI MERITO**

Trib. dell'Aquila, sent. 17 dicembre 1969, in *Rass. Giur. en. el.*, 1970, p. 197 ss.;  
Trib. di Milano, Sez. IX, sent. 1° marzo 2001, in *Foro ambr.*, 2001, p. 210;  
Trib. di Asti, sent. 27 giugno 2014, in *Foro it.*, 11, II, 2014, p. 561;  
Trib. di Avezzano, sent. 16 ottobre 2014;  
Trib. di Aosta, sent. 7 novembre 2014, in *Foro it.*, 2, II, 2015, p. 130;  
Trib. di Taranto, Sez. I, 20 novembre 2014;  
Trib. di Milano, decr. 7 marzo 2017;  
Trib. Palermo, decr. 28 marzo 2017;  
Corte App. di Milano, ord. n. 339, 18 settembre 2015;  
Corte App. di Napoli, ord. 14 marzo 2017;  
Trib. di Trapani, sent. 2 febbraio 2022;  
Trib. di Firenze, ord. 20 febbraio 2023.



## CORTE EDU E COMMISSIONE

Corte EDU, ricorso n. 268/1957, 20 luglio 1957, *X c. Belgio*, in Raccolta, I, 1957, p. 241;

Corte EDU, ricorsi nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 23 novembre 1976, *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-188078>;

Corte EDU, ricorsi nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 23 novembre 1976, *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-18807>;

Corte EDU, ricorso n. 6538/74, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584>;

Corte EDU, ricorso n. 6833/74, 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57534>;

Corte EDU, ricorso n. 8978/80, 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62162>;

Corte EDU, ricorso n. 10461/83, 30 marzo 1989, *Chappel c. Regno Unito*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57459>;

Corte EDU, ricorso n. 10890/84, 28 marzo 1990, *Groppera Radio AG ed altri c. Svizzera*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57623>;

Corte EDU, ricorso n. 14307/88, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57827>;

Corte EDU, ricorso n. 20166/92, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57965>;

Comm. EDU, *Trouvier c. Francia*, 13 gennaio 1997;

Corte EDU, ricorsi nn. 23566/94 e 24408/94, 8 luglio 1999, *Baskaya c. e Okçuoglu c. Turchia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58276>;

Corte EDU, ricorso n. 5189/99, 4 maggio 2000, *Naletilic c. Croazia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111044>;

Corte EDU, ricorsi nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, 22 giugno 2000, *Coëme e altri c. Belgio*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59194>;

Corte EDU, ricorsi nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, 22 marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59353>;

Comm. EDU, *Papon c. Francia*, 15 novembre 2001;

Corte EDU, ricorso n. 34854/02, 12 dicembre 2002, *Tess c. Lettonia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-43989>;

Corte EDU, ricorso n. 73316/01, 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69891>;

Corte EDU, ricorso n. 52067/99, 17 ottobre 2006, *Okkali c. Turchia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77522>;

Corte EDU, ricorso n. 74613/01, 12 luglio 2007, *Jorgic c. Germania*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81608>;

Corte EDU, ricorsi nn. 74357/01, 26764/02, 27434/02, 19 febbraio 2008, *Kuolelis, Bartosevicius e Burokevicius c. Lituania*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85154>;

Corte EDU, ricorso n. 9174/02, 19 settembre 2008, *Korbely c. Ungheria*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88429>;

Corte EDU, ricorso n. 75909/01, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi ed altri c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90797>;

Corte EDU, ricorso n. 38478/05, 5 marzo 2009, *Sandra Jankovic c. Croazia*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91608>;

Corte EDU, ricorso n. 22635/03, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-65285>;

Corte EDU, ricorso n. 25965/04, 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96623>;

Corte EDU, ricorso n. 18640/10, 4 marzo 2010, *Grande Stevens c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141794>;

Corte EDU, ricorso n. 36376/04, 17 maggio 2010, *Kononov c. Lettonia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98669>;

Corte EDU, ricorso n. 50425/06, 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106680>;

Corte EDU, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, 8 gennaio 2013, *Torreggiani ed altri c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116248>;

Corte EDU, ricorsi nn. 2312/08 e 34179/08, 18 luglio 2013, *Maktouf e Damjanović c. Bosnia- Erzegovina*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122716>;

Corte EDU, ricorso n. 42750/09, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-127697>;

Corte EDU, ricorso n. 17475/09, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-128094>;

Corte EDU, ricorso n. 6884/11, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153901>;

Corte EDU, ricorso n. 66655/13, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-154480>;

Corte EDU, ricorsi nn. 24130/11 e 29758/11, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168972>;

Corte EDU, ricorso n. 20190/92, 22 novembre 2015, *C.R. c. Regno Unito*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98669>;

Corte EDU, ricorso n. 43395/09, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171804>;

Corte EDU, ricorso n. 126/05, 22 maggio 2017, *Scoppola c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111044>;

Corte EDU, ricorsi nn. 1231/13, 43390/13, 22 giugno 2017, *Bartesaghi Gallo c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177530>;

Corte EDU, ricorsi nn. 28923/09, 67599/10, 26 ottobre 2017, *Azzolina ed altri c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180124>;

Corte EDU, ricorsi nn. 1442/14, 21319/14, 21911/14, 26 ottobre 2017, *Blair ed altri c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177918>

Corte EDU, ricorsi nn. 1828/06, 34163/07, 19029/11, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. ed altri c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184525>;

<sup>1</sup> Corte EDU, ricorso n. 77633/16, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (n. 2), in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194473>.

## **CORTE DI GIUSTIZIA**

CGCE, C-6/64, 15 luglio 1964, *Costa c. Enel*, in *Raccolta*, 1129, p. 1135 ss.;

CGCE, C-106/77, 9 marzo 1978, *Simmenthal c. Italia*, in *Raccolta*, 1978, p. 630 ss.;

CGCE, C-136/79, 26 giugno 1980, *National Panasonic (UK) limited c. Commissione*, in *Raccolta*, 1980, p. 2033 ss.;

CGCE, C- 68/88, 21 settembre 1989, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1989, p. I-2965;

CGCE, C-75/95, 12 dicembre 1996, X, in *Raccolta*, 1996, p. 6609;

CGCE, C-29/95, 23 gennaio 1997, *Pastoor and Trans – cap. c. Belgio*, in *Raccolta*, 1997, p. 285 ss.;

CGCE, Cause Riunite C-387/02, C-391/02 e C-M3/02, *Berlusconi, Adelchi, Dell’Utri e a.*, 3 maggio 2005, in *Raccolta*, 2005, p. I-3565;

CGCE, cause riunite C-189/02 P, C-202/02, C-205/02, C-208/02, C-213/02, 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri A/S ed altri c. Commissione*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2005:408;

CGUE, C-105/14, 8 settembre 2015, *Taricco ed altri*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2015:555;

CGCE, C-176/03, 13 settembre 2005, *Commissione c. Consiglio dell’UE*, in *Raccolta*, 2005, p. I-7879;

CGUE, C-413/08, 17 giugno 2010, *Lafarge S.A. c. Commissione*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2010:346;

CGUE, C-367/09, 28 ottobre 2010, *SGS Belgium ed altri*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2010:648;

CGUE, C-489/10, 5 giugno 2012, *Bonda*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2012:319;

CGUE, C-399/11, 26 febbraio 2013, *Melloni c. Spagna*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2013:107;

CGUE, C-285/12, 30 gennaio 2014, *Diakité c. Belgio*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2014:39;

CGUE, Sed. Plen., Par. 2/13, 18 dicembre 2014, in *Raccolta generale-Raccolta digitale* ECLI:EU:C:2014:2454;

CGUE, C-42/17, 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M.B.*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2017:936;

CGUE, C-524/15, 20 marzo 2018, *Menci c. Italia*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2018:197;

CGUE, C-537/16, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate c. Italia*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2018:193;

CGUE, C-596/16 e C-597/16, 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca c. Italia*, in *Raccolta generale-Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2018:192.

#### **ALTRE CORTI INTERNAZIONALI E STRANIERE**

Conseil Constitutionnel, *Décision n. 71-44 DC du 16 juillet 1971*, in *Journal officiel de la République française*, 18 luglio 1971;

CIG, sent. 3 febbraio 2012, *Germania c. Italia*.