

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PARMA

Dottorato di ricerca in Diritto penale

Ciclo XIV

**La legalità come “diritto fondamentale”**

Ragioni e implicazioni del *nullum crimen* nella  
giurisprudenza evolutiva della Corte europea

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Alberto Cadoppi

Tutor:

Chiar.mo Prof. Alberto Cadoppi

Dottorando: Francesco Mazzacuva

## **Capitolo I - Diritto penale, diritti dell'uomo e giurisprudenza della Corte di Strasburgo: le ragioni di uno studio sul principio di legalità come "diritto fondamentale".**

1. Introduzione.....	5
2. Il progressivo riferimento del diritto penale alla teoria dei diritti dell'uomo.....	6
2.1. Il trasferimento delle direttrici di politica criminale in ottica sovranazionale. ....	6
2.2. L'età dei diritti come evoluzione del costituzionalismo. ....	10
2.3. (segue)... Il contributo dei diritti dell'uomo all'ascesa del giudice nel passaggio dei sistemi giuridici dalla "piramide" alla "rete". ....	16
3. Le pronunce della Corte europea di diritti dell'uomo tra funzioni ed efficacia. ....	19
3.1. L'interpretazione della Corte europea nella "missione" della promozione dei diritti fondamentali. ....	19
3.2. L'efficacia delle sentenze di Strasburgo nell'ordinamento interno. ....	25
3.3. (segue)... Le conseguenze dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione ed i recenti interventi della Corte costituzionale. ....	29
4. L'incidenza della giurisprudenza della Corte europea sull'ordinamento penale. ....	35
4.1. I diritti dell'uomo come "scudo" e "spada" rispetto al diritto penale.....	35
4.2. Il principio di legalità penale come diritto fondamentale: ragioni e metodologia di uno studio. ....	40

## **Capitolo II - La sfera di operatività del principio di legalità tra punizione e prevenzione.**

1. Rilievi introduttivi.....	43
2. Quadro sinottico sull'elaborazione giurisprudenziale del concetto di <i>matière pénale</i> . ....	44
2.1. Gli Engel criteria: la qualificazione del binomio illecito-sanzione.....	44
2.2. La qualificazione di singole conseguenze giuridiche della commissione di un reato.....	50
3. Osservazioni critiche sull'utilizzo del criterio della natura dell'illecito ai fini dell'estensione dello statuto garantistico penale: il diverso ruolo delle definizioni "sostanziali" di reato.....	53
4. La severità della sanzione come criterio meramente quantitativo: fragilità e possibilità di recupero delle logiche flou.....	61
5. La finalità della sanzione come pietra angolare della definizione del concetto di <i>matière pénale</i> .....	66
5.1. La terminologia della Corte e l'esclusione delle misure risarcitorie.....	66
5.2. (segue)... l'antitesi tra punizione e prevenzione.....	71

## **Capitolo III - La riconoscibilità della norma penale tra principi e categorie: "luci" e "ombre" della giurisprudenza di Strasburgo.**

1. Rilievi introduttivi.....	81
2. Il "contenuto" del principio di legalità nella giurisprudenza di Strasburgo.....	82

2.1. Il concetto di “legge” penale: delimitazione dell’ambito di indagine al solo profilo “astorico” del principio di legalità. ....	82
2.2. I canoni di “accessibilità” e “prevedibilità”. ....	86
2.3. L’interpretazione evolutiva dell’art. 7 Cedu nella recente giurisprudenza della Corte europea. ....	91
3. La riconoscibilità della legge penale come principio penalistico. ....	94
3.1. La riconoscibilità come significato evoluto del principio di legalità e corollario del principio di colpevolezza. ....	94
3.2. L’insufficienza delle ricostruzioni teleologiche: il principio di riconoscibilità come presidio garantistico e liberale rispetto alla funzione punitiva. ....	99
3.3. Il problema dell’estensione del principio di riconoscibilità alle politiche di contrasto della pericolosità: il significato della legalità “preventiva”. ....	107
4. L’inquadramento dogmatico dei presupposti di riconoscibilità della norma penale e l’interazione tra profili “formali” e “sostanziali”. “Luci” e “ombre” della giurisprudenza della Corte europea. ....	117
4.1. L’errore di diritto tra tipicità e colpevolezza: le indicazioni della Corte europea nella prospettiva del recupero dei profili obiettivi del giudizio di riconoscibilità. ....	117
4.2. I difetti formali come vizi di tipicità: l’inquadramento del diritto giurisprudenziale come fonte e l’estensione del principio di irretroattività all’ <i>overruling</i> sfavorevole. ....	120
4.3. Il ruolo delle concezioni “sostanziali” del reato nel giudizio di riconoscibilità. ....	128

#### **Capitolo IV - Lo stato del recepimento delle indicazioni di Strasburgo nell’ordinamento italiano e nel diritto penale dell’Unione europea.**

1. Rilievi introduttivi. ....	137
Sezione I – Il “volto attuale” della legalità come riconoscibilità nell’ordinamento italiano. ....	138
2. Legalità e diritto “vivente”: il problema della c.d. “retroattività occulta” dell’ <i>overruling</i> sfavorevole. ....	138
3. Il principio di riconoscibilità nel diritto penale dell’Unione europea. ....	147
Sezione II – L’estensione del significato astorico del principio di legalità nell’ordinamento italiano: recenti “conquiste” e nuove prospettive. ....	152
4. La progressiva assunzione della nozione di punizione come fondamento dell’applicazione dell’art. 25, 2° c., Cost. ed i residuali spazi di “autonomia” e “specificità” del concetto di pena... ..	152
4.1. Il tradizionale riferimento alla nozione di pena nella letteratura italiana come baricentro dello statuto garantistico: critica di un dogma. ....	152
4.2. La riferibilità dell’art. 25, 2° c., Cost. ad ogni misura punitiva come consacrazione della prospettiva convenzionale nella recente giurisprudenza costituzionale italiana. ....	158
4.3. L’origine del mutamento di paradigma: l’irretroattività della confisca punitiva nella letteratura e nella giurisprudenza di legittimità. ....	161
4.4. (segue)... e le ricadute nel settore delle sanzioni amministrative. ....	165

4.5. Che cosa rimane della nozione di pena? .....	172
5. Punizione e pena nel diritto penale dell'Unione europea.....	177
6. L'instabile equilibrio tra punizione e prevenzione nell'ordinamento italiano ai fini della determinazione del significato del principio di legalità applicabile. ....	180
6.1. Considerazioni preliminari. ....	180
6.2. Le misure di sicurezza tra atrofia del sistema italiano e "riscoperta" europea: il caso sintomatico della Sicherungsverwahrung.....	183
6.3. Le misure di prevenzione, una pervicace "truffa delle etichette"?.....	191
6.4. Il processo e l'esecuzione penale e le esigenze di un'irretroattività "relativa" estranea al principio di riconoscibilità delle conseguenze punitive al momento della commissione del fatto.....	197
Bibliografia.....	205

# Capitolo I

## **Diritto penale, diritti dell'uomo e giurisprudenza della Corte di Strasburgo: le ragioni di uno studio sul principio di legalità come “diritto fondamentale”.**

### **1. Introduzione.**

Nel presente capitolo introduttivo si tenterà di esporre le ragioni di uno studio sul rapporto tra diritto penale e diritti dell'uomo e, più specificamente, sul principio di legalità come diritto fondamentale dell'individuo. In prima battuta, pertanto, si osserverà come il fenomeno della progressiva attrazione della materia criminale nel movimento di affermazione delle prerogative individuali che caratterizza l'“età dei diritti” sia essenzialmente dovuto ad una ricerca di legittimazione di una produzione giuridica che, dato il crescente trasferimento in ambito sovranazionale delle scelte di politica criminale (oggi ampiamente studiato soprattutto in relazione alla definitiva affermazione del diritto penale dell'Unione europea, v. *infra*, § 2.1), sempre meno è in grado di giustificarsi appellandosi ad una “forte” e diretta matrice democratica. Proprio la tensione dialettica tra teoria dei diritti dell'uomo ed interessi collettivi espressi dalla legge democratica costituisce il tratto che, nell'ampia riflessione contemporanea sui diritti umani, appare meritare maggiore considerazione, dato l'impatto che tale confronto viene ad avere sul principio di legalità penale, uno dei principi che maggiormente “soffre” il mutamento di paradigma che caratterizza la post-modernità giuridica ed al quale il successo dei diritti fondamentali si collega intimamente (su tali aspetti, v. *infra*, §§ 2.2 e 2.3).

L'osservatorio privilegiato di tali dinamiche, evidentemente, è rappresentato proprio dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel suo ruolo di interprete e promotore delle garanzie sancite dalla Convenzione firmata a Roma nel 1950 e dai Protocolli addizionali (v. *infra*, § 3.1). Proprio il “successo” della Corte nello svolgimento di tale “missione” fonda il progressivo riconoscimento del valore e dell'efficacia delle sue pronunce negli ordinamenti europei (in particolare, nell'ordinamento italiano) in un fenomeno che da un lato testimonia l'autorevolezza di soluzioni adottate da operatori sostanzialmente privi di ogni legittimazione democratica e che proprio la produzione legislativa tendono a discutere e, dall'altro, fa nuovamente riaffiorare le esigenze proprie della sovranità statale attraverso la dottrina dei cc.dd. “contro-limiti” (v. *infra*, § 3.2). Su tali dinamiche, peraltro, sembra poter incidere in maniera importante la recente adesione

dell'Unione europea alla Convenzione, se solo si considera come questa sia stata in grado di “rilanciare” la soluzione dell'immediata applicabilità della giurisprudenza della Corte europea da parte del giudice interno (soluzione che, tuttavia, non si riterrà di condividere se non in casi particolari e con taluni accorgimenti: v. *infra*, § 3.3).

In questo contesto, infine, si valuterà l'impatto della giurisprudenza di Strasburgo sulla materia penale, notando come al tradizionale ruolo limitativo si vada sempre più affiancando un ruolo promotore del ricorso allo strumento punitivo rispetto al quale si presenta oggi in maniera importante il problema della relativa vincolatività e giustiziabilità in ambito interno (v. *infra*, § 4.1), tenendo presente che questa duplice veste dei diritti dell'uomo, nella quale scopi, limiti e legittimazione del diritto penale si vengono effettivamente a confondere, è in grado di incidere sotto diversi profili proprio sull'effettivo spessore della garanzia individuale rappresentata dal principio del *nullum crimen sine lege*.

## **2. Il progressivo riferimento del diritto penale alla teoria dei diritti dell'uomo.**

### **2.1. Il trasferimento delle direttrici di politica criminale in ottica sovranazionale.**

L'incidenza del diritto sovranazionale sulle legislazioni penali è tema oramai all'ordine del giorno, soprattutto in relazione all'ascesa del diritto penale dell'Unione europea e alla sua capacità di compiere quel “salto di qualità” rispetto al metodo intergovernativo che ancora caratterizzava il c.d. “terzo pilastro”. Il fenomeno del progressivo dislocamento delle scelte di politica criminale, tradizionalmente considerate espressione per eccellenza della volontà di una comunità-nazione, emerge inizialmente nelle convenzioni – adottate nell'ambito delle diverse organizzazioni internazionali (Onu, Ocse, Consiglio d'Europa) ovvero a livello bilaterale o plurilaterale – con le quali gli Stati decidono di vincolarsi rispetto all'*an* e al *quomodo* della penalizzazione di determinati fenomeni criminali.

Un rapido sguardo sui trattati internazionali rilevanti in materia penale, in effetti, consente di individuare i fattori fondamentali, spesso sovrapposti, determinanti l'opzione per un'armonizzazione dei sistemi sanzionatori punitivi a livello sovranazionale. Anzitutto, evidentemente, una fondamentale ragione della collaborazione nelle politiche criminali attiene al carattere transnazionale delle condotte illecite, con particolare riferimento al fenomeno del crimine organizzato<sup>1</sup> ma anche rispetto ad ipotesi non necessariamente realizzate nella forma associativa<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale ed i relativi Protocolli, ratificati in Italia con la legge n. 146/2006. Sul punto, cfr., tra i tanti, L. PICOTTI, *La criminalità internazionale: forme di*

In altri casi, sono gli obiettivi di tutela di uno spazio economico comune che suggeriscono un contrasto coordinato anche nei confronti di fenomeni criminali che pur si esauriscono sul territorio di uno Stato, come nel caso della corruzione, oggetto di progressiva attenzione a prescindere dalla dimensione internazionale del *pactum sceleris* – data la capacità del fenomeno di ledere, oltre la trasparenza ed il buon andamento della pubblica amministrazione (nazionale), l'integrità del mercato economico globale da cui deriva la tendenziale insufficienza delle risposte domestiche<sup>3</sup> – e, per ragioni del tutto analoghe, del riciclaggio di denaro<sup>4</sup>. Infine, si può notare come i trattati internazionali abbiano tradizionalmente considerato anche una serie di ipotesi criminose essenzialmente in virtù di una certa “universalità” del loro disvalore: è questo il caso delle Convenzioni contro la tortura, il genocidio<sup>5</sup> e le più gravi forme di discriminazione<sup>6</sup> le quali hanno

---

*manifestazione ed ambiti di contrasto*, in Aa. Vv., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Giuffrè, Milano, 2005, 83 ss., e V. MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in V. Militello-L. Paoli-J. Arnold, a cura di, *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Giuffrè, Milano, 2000, 3 ss., e, dopo la ratifica nell'ordinamento italiano, le osservazioni critiche di F. SGUBBI, *La legge n. 146 del 2006 in materia di reato transnazionale: profili problematici*, in *Ius17@unibo.it*, 2009, 413 ss..

<sup>2</sup> Il carattere transnazionale delle condotte, ad esempio, appare fondare il ricorso allo strumento pattizio internazionale per il contrasto dei cc.dd. *cyber-crimes*, disciplina su cui ha inciso, in particolare, la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica del 2001; sul punto, cfr. R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet*, Cedam, Padova, 2010, 45 ss.

<sup>3</sup> Significativo, in effetti, che in materia di corruzione si assista ad un contrasto non soltanto limitato alla manifestazione transnazionale del fenomeno, come nella Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, ma anche alla formulazione in diversi strumenti di un obbligo di penalizzazione delle pratiche corruttive poste in essere a livello nazionale. In questo senso, cfr. la Convenzione contro la corruzione dei funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea del maggio 1997 (anticipata dal Protocollo aggiuntivo alla Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari) e la Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari nella Convenzione penale del Consiglio d'Europa contro la corruzione del 1999. Nella vasta letteratura sul tema, cfr., in particolare, S. MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, Jovene, Napoli, 1999, *passim*, B. HUBER, *La lotta alla corruzione in prospettiva sovranazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 467, e C.R. CALDERONE, *Lotta alla corruzione in campo comunitario ed internazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001.

<sup>4</sup> In materia, già interveniva la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, adottata a Vienna il 19 dicembre 1988, nel momento in cui si introducevano misure volte alla collaborazione internazionale nel contrasto del fenomeno del riciclaggio, seguita dal rapporto di 40 raccomandazioni del FATF-GAFI del 1990 e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, firmata a Strasburgo l'8 novembre dello stesso anno e, infine, dalla Convenzione su riciclaggio, sequestro, confisca dei proventi del crimine e finanziamento del terrorismo adottata il 16 maggio 2005. Tali atti preludevano all'intervento in materia dell'Unione europea, sia attraverso obblighi di penalizzazione di matrice intergovernativa di “terzo pilastro”, con la decisione quadro del 25 giugno 2001 (2001/500/GAD), sia mediante una regolazione più strettamente comunitaria con la prima direttiva antiriciclaggio n. 91/308/CEE, volta ad affiancare ad un obbligo (all'epoca necessariamente non qualificato in maniera espressa come “penale”) di repressione del fenomeno una serie di regole minime di controllo da porre a carico degli enti creditizi e finanziari, cui ha fatto seguito la seconda direttiva n. 2001/97/CE, che ampliava la disciplina del controllo preventivo antiriciclaggio e, infine, dalla terza direttiva n. 2005/60/CE, la quale interviene ulteriormente su tale strategia preventiva, implementandone il contenuto ed estendendone l'ambito di applicazione. Sul punto, cfr. già C.F. GROSSO, *Frode fiscale e riciclaggio: nodi centrali di politica criminale nella prospettiva comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992; più di recente, cfr. V. MANES, *Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 41 ss., e M. ANGELINI, *Il reato di riciclaggio*, Giappichelli, Torino, 2008, 5 ss..

<sup>5</sup> Oltre alle enunciazioni statuite nei trattati sui diritti umani (tra cui la Cedu), assumono particolare rilevanza la Convenzione delle Nazioni Unite del 1948 sulla prevenzione e punizione del crimine di genocidio, seguita dalla Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti del 1984. Sul punto, cfr. E. AMATI-M. COSTI-E. FRONZA, *Introduzione*, in Aa. Vv., *Introduzione al diritto penale internazionale*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2010, 6 ss., e R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Cedam, Padova, 2007, 33 ss., che

rappresentato il preludio all'approvazione dello Statuto della Corte penale internazionale – che segna il passaggio dalla posizione di obblighi di penalizzazione alla creazione di un sistema istituzionale complementare volto a porre rimedio all'incapacità degli Stati di punire in concreto tali crimini<sup>7</sup> – ed all'emersione di quegli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali oggi ampiamente valorizzati nella giurisprudenza della Corte europea (v. *infra*, § 4.1)<sup>8</sup>.

Rispetto alle forme di cooperazione penale di matrice internazionale, come si è detto, il diritto dell'Unione europea appare segnare una duplice svolta. Anzitutto, su di un piano formale, si assiste ad una netta implementazione della vincolatività degli obblighi di penalizzazione in quanto collegata al principio del primato del diritto comunitario e non più ancorata alla matrice intergovernativa<sup>9</sup>: sembrano, infatti, tuttora doversi escludere i margini per una declaratoria di illegittimità costituzionale con effetti *in malam partem* per inadempimento (originario o sopravvenuto) degli obblighi contratti dallo Stato in sede internazionale poiché, anche volendo riconoscere alle convenzioni penali un rango costituzionale “interposto” sulla base dell'art. 117 Cost. (come ricostruito dalla Corte costituzionale in riferimento al sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo)<sup>10</sup>, emerge il contro-limite invalicabile rappresentato della riserva di legge di cui all'art. 25, 2° c., Cost. rispetto ad ogni effetti espansivo che potrebbe derivare dal

---

osserva come tali testi, evidentemente, non trovino origine nella transnazionalità delle condotte, quanto in valutazioni di carattere assiologico.

<sup>6</sup> Quanto alla lotta alla discriminazione, cfr. la Convenzione internazionale per l'eliminazione di qualsiasi forma di discriminazione razziale, la Convenzione delle Nazioni Unite per l'eliminazione di qualsiasi forma di discriminazione contro le donne e, infine, la Decisione quadro 2002/584/GAI; sul punto, cfr. M.L. PICCHIO FORLATI, *La lotta contro la discriminazione alla luce del diritto internazionale ed europeo*, in S. Riondato, a cura di, *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso - Diritti fondamentali e tutela penale*, Cedam, Padova, 2006, 1 ss..

<sup>7</sup> Sottolineano l'intima connessione tra i due fenomeni R. BORSARI, *Diritto punitivo*, cit., *passim* e in particolare 483 ss., e E. AMATI-M. COSTI-E. FRONZA, *Introduzione*, cit., 18 ss.

<sup>8</sup> La stretta relazione tra obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali e le dinamiche del diritto penale internazionale è stata notata, da ultimo, da F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, 2652.

<sup>9</sup> A parte il meccanismo della procedura d'infrazione, il primato del diritto europeo appare fondare quella progressiva ascesa dell'efficacia c.d. “espansiva” del diritto europeo in materia penale, la cui più recente (e con ogni probabilità non ultima) tappa è rappresentata dalla sentenza C. Cost. n. 28/2010 sulle ceneri di pirite. Sulla tematica, sia sufficiente, per il momento, rinviare all'ampia indagine di C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Giuffrè, Milano, 2007, 290 ss., con l'avvertenza che su tale profilo, dati gli evidenti legami con il problema della legalità come prevedibilità della legge penale e alla luce della competenza introdotta dal Trattato di Lisbona, si dovrà tornare in sede conclusiva (v. *infra*, Cap. IV, § 3).

<sup>10</sup> Nelle sentenze “gemelle” del 2007, sulle quali si dovrà tornare diffusamente nel prosieguo (v. *infra*, § 3.2), la Corte osserva come il novellato art. 117 Cost. imponga effettivamente un rispetto, anche da parte della legislazione nazionale, degli “obblighi internazionali”, anche se poi sviluppa l'argomentazione esclusivamente in riferimento alla Convenzione europea e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In dottrina, tuttavia, si è osservato come dalle sentenze in esame si potrebbe dedurre il rango costituzionale interposto di qualsiasi trattato internazionale ratificato dall'Italia: in questo senso, cfr. V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. cost.*, 2007, 3589 ss., che pur non sottovaluta alcune problematiche legate al fatto che i futuri legislatori si troverebbero vincolati dagli impegni assunti dai precedenti; A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra Cedu e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in *Pol. dir.*, 2008, 448; F. ANGELINI, *L'incidenza della Cedu nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. Unione europea*, 2008, 506, il quale, tuttavia, nutre perplessità rispetto agli accordi “in forma semplificata”. Specificamente nel senso del riconoscimento del rango sovralegislativo delle convenzioni che impongono la penalizzazione di determinati fenomeni criminali, cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2651.

sindacato della Corte costituzionale. E se tale limite è oggetto di discussione in riferimento agli obblighi di tutela penale derivati dai diritti fondamentali da parte della Corte europea – soprattutto sulla base dell’argomento della limitazione “assiologica” di sovranità che affiora in materia, tale da richiedere un contestuale arretramento dei cc.dd. contro-limiti (v. diffusamente *infra*, § 4.1) –, rispetto agli altri trattati internazionali pare doversi riconoscere effettivamente al legislatore la possibilità di escludere la punibilità di determinate condotte anche in presenza di tale vincolo, non potendo la violazione del principio del *pacta sunt servanda* che risolversi esclusivamente sul piano politico. Quanto al recepimento di tali obblighi di penalizzazione mediante interpretazione conforme sono ragioni più strettamente riconducibili alle garanzie dell’individuo che appaiono collidere con l’adeguamento ermeneutico *in malam partem*, ancorché in chiave estensiva piuttosto che analogica (come si vedrà diffusamente rispetto a quelli che trovano origine nel diritto comunitario e nella giurisprudenza della Corte europea: v. *infra*, Cap. III, § 4.3, e Cap. IV, § 3)<sup>11</sup>.

Per altro verso, una decisa accelerazione del diritto penale europeo si registra anche sul piano dei contenuti, data l’ampiezza del catalogo di materie offerto dall’art. 83 TFUE dopo il Trattato di Lisbona e l’incapacità dei parametri di necessità e sussidiarietà di costituire un autentico argine all’espansione delle richieste punitive europee<sup>12</sup>. In effetti, le “nuove” direttive penali appaiono destinate ad incidere su di una serie di ambiti a prescindere dall’effettiva capacità degli Stati di predisporre tutele adeguate sul piano domestico e si può ragionevolmente ipotizzare che, nell’arco di pochi anni, gran parte dei settori della legislazione penale saranno “coperti” da una parallela disciplina europea. Se, evidentemente, tale fenomeno impone una riconsiderazione (ma non necessariamente un superamento) delle logiche sottese al corollario della riserva di legge, affiorano

---

<sup>11</sup> Si consideri, in proposito, la recente e significativa pronuncia Cass., 30 settembre 2010, n. 42701, che ha ammesso, in sede cautelare, l’applicabilità delle sanzioni interdittive previste dall’art. 322 *bis* c.p. alle persone giuridiche ancorché l’art. 25, 5° c., del d. lgs. n. 231/2001 si limiti a richiamare le norme in tema di corruzione domestica, motivando la soluzione sulla base dell’interpretazione conforme alla segnalata convenzione Ocse sulla corruzione internazionale. Anticipando sin d’ora alcune osservazioni che si svolgeranno diffusamente, si ritiene che tale soluzione sia criticabile non solo per il fatto di accogliere un’interpretazione effettivamente analogica (così P. CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell’ente per corruzione internazionale e l’applicabilità (anche in sede cautelare) delle sanzioni interdittive*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011, 3 ss.), ma soprattutto perché diverse perplessità suscita la stessa possibilità di interpretare con effetti espansivi (anche in modo effettivamente estensivo e non analogico) una norma sulla sola base della normativa internazionale in ragione delle esternalità negative in tema di “sicurezza giuridica” dell’individuo che questa operazione comporta (su tali profili, conviene in ogni caso rinviare *infra*, Cap. III, § 4.3, e Cap. IV, § 3).

<sup>12</sup> Sul punto, diverse perplessità sono state manifestate, di recente, nella relazione di Massimo Donini, *Profili attuali della sussidiarietà del diritto penale europeo* svolta al Convegno organizzato presso l’Università di Verona il 16 e 17 settembre 2011, dal titolo “*Limiti convenzionali e costituzionali del diritto penale europeo dopo il Trattato di Lisbona*”. Le stesse preoccupazioni, peraltro, erano già formulate in sede di primo commento dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona da C. SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 335 ss., poi sviluppate criticamente in ID., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011. In senso contrario, anche alla luce di uno sguardo sulle prime direttive penali, cfr. G. GRASSO, *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell’Unione europea*, in *Aa. Vv., Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, 2336.

importanti interrogativi anche sulla tenuta del profilo più propriamente storico del principio di legalità sui quali occorrerà tornare in sede conclusiva (v. *infra*, Cap. IV, § 3).

Il rapido sguardo sul trasferimento in ambito sovranazionale delle scelte di politica criminale permette di comprendere le ragioni del suo progressivo riferimento ai diritti fondamentali in quanto valori universali e sovra-legislativi in grado di fondarne la legittimazione a livello sovranazionale a prescindere dalla carenza di un'origine democratica in una prospettiva nella quale, peraltro, gli stessi piani degli scopi e della legittimazione tendono a confondersi, come emerge, appunto, nell'affermazione degli obblighi di tutela penale formulati dalla Corte europea (v. *infra*, § 4.1).

## **2.2. L'età dei diritti come evoluzione del costituzionalismo.**

Il riferimento ai diritti fondamentali quali perno di legittimazione dell'intervento punitivo si pone in sostanziale continuità con quell'istanza dottrinale, che ha trovato terreno particolarmente fertile nella letteratura italiana, volta a ricostruire un diritto penale "costituzionalmente orientato" e, pertanto, ad individuare precisi limiti al potere legislativo e alla maggioranza democratica<sup>13</sup>. La teoria dei diritti dell'uomo, in effetti, eredita il compito assegnato alla giustizia costituzionale<sup>14</sup>, affrancandola da quella dimensione formale e giuspositivistica di stampo kelseniano<sup>15</sup>, e rilancia, in uno scenario caratterizzato dal declino della sovranità statale (anche in diritto penale, come testé osservato), l'ideale giusnaturalistico del valore pre-positivo come parametro di valutazione della produzione giuridica, ossia la dialettica tra la legge e la sua giustizia, tra Creonte ed Antigone<sup>16</sup>.

Tale profilo affiora sin dalla "prima fase" di affermazione dei diritti dell'uomo, nelle riflessioni nelle quali si veniva a superare la grande tradizione filosofica che aveva incentrato il problema politico-morale sulla società piuttosto che sull'individuo e, in particolare, su di un "codice dei doveri" di quest'ultimo invece che su di un "codice dei diritti"<sup>17</sup>. Il momento in cui appare

<sup>13</sup> Significativo il fatto che D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 3° ed., Giappichelli, Torino, 2009, 77, osservi come il riferimento alla Costituzione sia il tratto unificante delle diverse scuole penalistiche che si sono affacciate in Italia nell'epoca repubblicana.

<sup>14</sup> Sul punto, tra i tanti, cfr. V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti*, Cedam, Padova, 2008, 20 ss..

<sup>15</sup> Cfr. le riflessioni di H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, *passim*, e ID., *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (la giustizia costituzionale)*, in ID., *La giustizia costituzionale* (a cura di C. Geraci), Giuffrè, Milano, 1981, 143 ss., nelle quali, in particolare, si configurava tra Costituzione e legge il medesimo rapporto di "regolarità" sussistente tra legge e regolamento, in una costruzione a gradini (*Stufenbau*) nella quale ogni fonte è riproduzione della fonte superiore e produzione rispetto a quella inferiore. Emblematico, per quel che concerne l'ambito specifico della presente ricerca, risulta il fatto che gli stessi diritti fondamentali venissero ricondotti ad un atto di volontà della nazione rispetto alla posizione di vincoli ai contenuti della legislazione ordinaria, specificando che la c.d. "incostituzionalità materiale" (per violazione dei principi costituzionali) dovesse ritenersi pur sempre di carattere "formale" (per violazione delle procedure), nella misura in cui non si sarebbe trattato altro che di un atto di volontà legislativo e, pertanto, privo della maggioranza qualificata necessaria per una revisione costituzionale. Manca, in definitiva, ogni traccia di riferimento a valori pre-positivi che condizionino e limitino la sovranità statale.

<sup>16</sup> Sulla relazione dialettica irriducibile tra formalismo e sostanzialismo giuridico, cfr. l'ampia ricostruzione tracciata nel libro, di cui si è richiamato il titolo, di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, 15 ss..

<sup>17</sup> In proposito, cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, in ID., *L'età dei diritti*, 3° ed., Einaudi, Torino, 1997, 53 ss., il quale osservava come la formazione delle regole trovasse origine in una prima formulazione di regole imperative, negative o

realizzarsi tale “rivoluzione copernicana” nell’osservazione dei rapporti tra governanti e governati, con lo spostamento del punto di vista sui secondi piuttosto che sui primi, si può individuare nella divergenza che caratterizza la riflessione di Locke nel *Secondo trattato sul governo civile* rispetto a quella di pochi anni precedente di Hobbes: se entrambi si riferiscono, in chiave giusnaturalistica, ad uno “stato di natura” in cui gli uomini sono titolari di diritti originari (in quanto non semplicemente concessi dall’autorità), solo con Locke il compito dello Stato viene individuato nella più ampia esplicitazione di tali libertà e dell’uguaglianza tra cittadini laddove, invece, nel *Leviatano* l’autorità sovrana viene fatta derivare da una cessione quasi incondizionata dei diritti individuali nel nome del “buon governo” e della fuga dal conflitto permanente. È in questo momento, pertanto, che l’idea di diritto assume un significato non meramente economico (come titolarità di facoltà su beni) che finisce per investire la sfera dei rapporti di potere tra principe e sudditi: nasce l’idea dello Stato di diritto – in particolare nell’accezione “forte” del *Rule of law* anglosassone<sup>18</sup> – che fonda il liberalismo moderno<sup>19</sup>.

Da un punto di vista del diritto positivo, è con la “seconda” e, soprattutto, con la “terza” fase che si assiste ad una definitiva messa in discussione della sovranità statale e del potere della maggioranza ad opera della teoria dei diritti dell’uomo<sup>20</sup>. Se, come è stato autorevolmente osservato, nel periodo della Rivoluzione francese l’affermazione dell’*État de droit* e l’adozione della *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* del 1789 erano essenzialmente volte a sostituire l’autorità monarchica dell’*ancien régime* con quella rappresentata dalla legge parlamentare in quanto fonte democratica e (secondo il dogma illuministico) “razionalmente”

---

positive (ossia divieti o comandi), contestualmente all’esaltazione della figura del “grande legislatore” (Minosse, Licurgo, Solone) e l’apparizione dei diversi trattati sulle leggi, da Platone a Cicerone, fino a Machiavelli e Montesquieu.  
<sup>18</sup> Cfr., in proposito, il confronto tra le concezioni di *État de droit* e *Rechtstaat* e quella di *Rule of law* di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 97 ss., il quale osserva come solo nell’ultimo modello possa individuarsi una matrice antiassolutistica, tanto contro l’assolutismo regio quanto contro l’assolutismo parlamentare. Sui caratteri del *rule of law* come condizioni per una società giusta, cfr. anche le considerazioni di F. VIOLA, *Il rule of law e il pluralismo giuridico contemporaneo*, in M. Vogliotti, a cura di, *Il tramonto della modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2009, 96 ss., in particolare nel momento in cui si osserva che anche una concezione rigorosamente formalistica di *rule of law* non può prescindere da un significato morale come fine ultimo.

<sup>19</sup> In questo senso, cfr. N. BOBBIO, *Presente e avvenire dei diritti dell’uomo*, in Id., *L’età dei diritti*, 3° ed., Einaudi, Torino, 1997, 21 ss., e Id., *L’età dei diritti*, cit., 58 ss.. È questa, in effetti, la matrice che si può riscontrare nelle dichiarazioni sovranazionali dei diritti dell’uomo e nella Convenzione europea. Se nell’evoluzione del diritto comunitario si potrebbe anche riscontrare quell’esigenza hobbesiana (determinata, in particolare, dai fatti della seconda guerra mondiale) di far confluire la sovranità in un’istituzione superiore tale da rappresentare un maggior numero di persone e, per questo motivo, capace di evitare i conflitti tra esse, diverse appaiono le matrici filosofiche e politiche che hanno ispirato l’adozione dei trattati sui diritti fondamentali e l’attuale “successo” della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Tale fenomeno, infatti, non sembra accompagnarsi ad alcuna acquisizione di sovranità in capo all’organizzazione internazionale di cui fa parte, il Consiglio d’Europa il quale, anzi, vive una fase di profonda crisi politica e rappresentativa. La stessa adesione dell’Unione europea alla Convenzione, in effetti, dimostra come gli Stati membri abbiano voluto vincolare la progressiva assunzione di competenze dell’Unione all’osservanza di principi che possono rivelarsi disfunzionali rispetto al raggiungimento degli interessi perseguiti.

<sup>20</sup> Sulla “seconda” e “terza” fase dello sviluppo dei diritti dell’uomo, cfr. ancora N. BOBBIO, *Presente e avvenire*, cit., 23 ss., e Id., *L’età dei diritti*, cit., 62 ss..

superiore<sup>21</sup>, è soprattutto con la proliferazione dei trattati internazionali sui diritti dell'uomo cui si assiste all'indomani della seconda guerra mondiale con la scoperta della tragedia dell'olocausto – vicenda nella quale più si era manifestata la degenerazione dell'idolatria dello Stato-nazione e l'annullamento dell'individuo nell'autorità (con la conseguente incapacità di disobbedire all'ordine ingiusto) – che si ripropone con forza, dopo la stagione post-napoleonica nella quale era stata recuperata l'idea di diritti non originari e semplicemente *octroyés* dal sovrano<sup>22</sup>, l'idea di *ius* come valore universale contrapposto alla *lex* espressione della maggioranza democratica (pur essendo già le dichiarazioni settecentesche francese e americana caratterizzate in termini di universalità).

Oltre la dimensione spiccatamente individualistica (volta ad accordare una priorità allo sviluppo dell'individuo rispetto a quello della società o dello Stato)<sup>23</sup>, in effetti, è soprattutto la vocazione universalistica derivante dall'inquadramento di un nucleo di valori pre-positivi (e, pertanto, intangibili da parte di qualsivoglia autorità costituita) a rappresentare il principale argomento di discussione dell'ideale democratico. E proprio tale argomento viene ampiamente valorizzato nella prospettiva di tutela sovranazionale con il conseguente rifiuto della “lettura” kelseniana dell'equilibrio di poteri che caratterizza il costituzionalismo come mera riaffermazione della supremazia della maggioranza (qualificata)<sup>24</sup>. In particolare, la vocazione “cosmopolita” dei diritti fondamentali – già chiaramente affiorata nel pensiero kantiano nel saggio *Per la pace perpetua* – consente di discutere non solo “dall'interno” (come, appunto, nel costituzionalismo di matrice giuspositivistica), ma anche “dall'esterno” il primato della fonte legislativa e, simmetricamente, di legittimare una produzione priva del fondamento democratico che caratterizza l'attività dei parlamenti nazionali. Paradigmatica, in questo senso, la vicenda che ha visto la Corte di giustizia dover accettare le sollecitazioni delle Corti costituzionali tedesca e italiana in ordine alla necessità di una “protezione equivalente”, rispetto ai sistemi nazionali, dei diritti fondamentali come condizione dell'accoglimento del primato e dell'efficacia diretta del diritto comunitario<sup>25</sup>; allo

---

<sup>21</sup> Sulla *Déclaration* del 1789 come fondativa, essenzialmente, del principio di riserva di legge, cfr. V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti*, cit., 8 ss.. In proposito, cfr. anche le osservazioni di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 111 ss.

<sup>22</sup> Cfr. ancora V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti*, cit., 12 ss..

<sup>23</sup> Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 58 ss., che osservava come la concezione individualistica consistesse essenzialmente nella priorità accordata allo sviluppo individuale rispetto a quello dello Stato. Nello stesso senso, rilancia la promozione individualistica che fonda la teoria dei diritti dell'uomo M. IGNATIEFF, *Human rights as politics and idolatry*, Princeton university press, Princeton, 2001, trad., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2003, 65 ss. (le analogie tra le due riflessioni, sul punto, sono puntualmente evidenziate, in senso critico, da D. ZOLO, *Fondamentalismo umanitario*, in M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2003, 143 s.).

<sup>24</sup> Che, come sottolineato, secondo Kelsen sarebbe stata indiscutibilmente autorizzata a mutare qualsivoglia principio costituzionale semplicemente in ragione della maggiore complessità della procedura adottata. Nota la fondamentale discussione di tale assunto e, quindi, del potere (o della tirannia) della maggioranza, M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia*, cit., 34 ss..

<sup>25</sup> Il principio viene definito ad opera del *Bundesverfassungsgericht* con la sentenza *Solange II*, 22 ottobre 1986, in continuità con la precedente decisione *Solange I* del 29 maggio 1974, ed è volto ad ammettere la legittimità

stesso modo, l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, pur nascendo da un'esigenza di "codificare l'esistente", appare rappresentare un'ulteriore accelerazione nell'evoluzione del sistema di protezione dei diritti fondamentali in Europa volta a legittimare la progressiva acquisizione di competenze<sup>26</sup>.

Occorre considerare, d'altra parte, che la prospettiva individuo-centrica e la pretesa di universalità entrano in difficoltà proprio nel momento in cui, da semplici "libertà negative" (come postulate nella nota riflessione di Berlin)<sup>27</sup>, i diritti fondamentali assistono ad un'evoluzione che conduce all'affermazione dei nuovi diritti di "seconda" e "terza" generazione (ossia i diritti "collettivi" sociali ed economici)<sup>28</sup> rispetto ai quali l'obbligo "positivo" dello Stato tende inesorabilmente a richiamare nuovamente in causa il metodo democratico<sup>29</sup> (il che appare avere precise ricadute sul tema della giustiziabilità degli obblighi positivi di tutela penale, come si vedrà *infra*, § 4.1). In questo contesto, si sviluppa la critica contemporanea alla pretesa di universalità della teoria dei diritti umani, ritenuta dottrina tipicamente "occidentale" asservita all'affermazione della globalizzazione economica e spesso sfociante in un vero "fondamentalismo umanitario"<sup>30</sup>. Dopotutto, più in generale, la stessa definizione dei diritti dell'uomo non sembra sfuggire del tutto alla prova del "consenso", come evidenziato nelle riflessioni che, contestando l'idea di un fondamento assoluto dei diritti umani, hanno rilanciato l'argomento "storico" come elemento

---

dell'esercizio di poteri conferiti da uno Stato ad un'organizzazione internazionale a condizione che questa offra una protezione equivalente dei diritti fondamentali a quella ricevuta all'interno del sistema giuridico preso a riferimento (l'ordinamento tedesco nelle sentenze del giudice costituzionale tedesco, la CEDU nelle pronunce della Corte europea). Il limite di siffatta ricostruzione risiede nel fatto che la valutazione di equivalenza viene operata in astratto e, quindi, conduce all'impossibilità di far valere la singola violazione concreta nell'ambito di un sistema complessivamente rispettoso dei diritti fondamentali. Sul punto, cfr. le panoramiche storiche di M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. Cartabia, a cura di, *I diritti in azione - Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, 15 ss., e V. SCARABBA, *Tra fonti e corti*, cit., 83 ss.

<sup>26</sup> Sul punto, cfr. M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quad. cost.*, 2009, 544 ss., e già ID., *L'ora dei diritti fondamentali*, cit., 32 ss.. Specificamente sul terreno del diritto penale, d'altra parte, si possono osservare diritti "rafforzati" rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come osserva S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Cedu: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 168 ss..

<sup>27</sup> Cfr. I. BERLIN, *Two concepts of liberty*, in *Four essays on liberty*, Oxford University Press, Oxford, 1982, trad. *Quattro saggi sulla libertà*, Feltrinelli, Milano, 1989.

<sup>28</sup> Sulle diverse generazioni di diritti, tra i tanti, cfr. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002, 48 ss..

<sup>29</sup> In questo senso, cfr. D. ZOLO, *Fondamentalismo umanitario*, cit., 145 ss., il quale critica la tesi di Berlin sulla "libertà negativa" (ripresa da Ignatieff) osservando come proprio i diritti collettivi, i quali sono presupposto del pieno esplicarsi dei diritti individuali, mostrino la necessità della mediazione democratica. Si consideri, d'altra parte, il diverso avviso di M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti*, cit., 559 ss., la quale, riconoscendo che i diritti di nuova generazione fatichino effettivamente a riferirsi ad una matrice universalistica, ritiene necessario un contrasto alla tendenza "inflazionistica" che caratterizza l'epoca più recente.

<sup>30</sup> Cfr., in questo senso, le critiche alla riflessione di Ignatieff di D. ZOLO, *Fondamentalismo umanitario*, cit., 153 ss. (e riproposte in ID., *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Bari, 2006, 68 ss.), nella misura in cui è volta ad individuare un nucleo (quello della "libertà negativa") universale proprio in quanto minimo, ignorando così la complessa adattabilità di concetti occidentali alla tradizione orientale, ed esportabile attraverso l'uso della forza (posizione ritenuta intollerante e aggressiva, tipica dell'atteggiamento culturale occidentale).

decisivo nella definizione degli stessi<sup>31</sup>, soprattutto in relazione alla presa di coscienza del male in cui sono nate le dichiarazioni del ventesimo secolo: in questo senso, si è potuto parlare di una “priorità del male”<sup>32</sup> (contrapposta a quell’“entusiastica” affermazione di una “concezione del bene” che aveva caratterizzato la Rivoluzione francese<sup>33</sup>) tale da giustificarne, in ogni caso, una “ragionevole” apologia<sup>34</sup>. La necessità di una mediazione con l’ideale democratico, d’altra parte, viene costantemente sottolineata nel tentativo di sintesi proposto da Habermas ed incentrato su di un modello di democrazia “discorsiva” nella quale sfera pubblica e sfera privata si presuppongono a vicenda in un rapporto “comunicativo”<sup>35</sup>.

Orbene, in questa sede, specificamente volta a valutare l’impatto della tutela offerta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, preme sottolineare come il rapporto bivalente tra questi ultimi e l’idea di consenso democratico – che, come autorevolmente osservato, pone i diritti fondamentali «al crocevia tra universalità e storia»<sup>36</sup> – si rifletta anche nel testo delle diverse disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell’uomo che ammettono un’ingerenza

---

<sup>31</sup> Sul fondamento storico e relativo dei diritti dell’uomo cfr., in particolare, N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell’uomo*, in Id., *L’età dei diritti*, 3° ed., Einaudi, Torino, 1997, 5 ss., fortemente critico rispetto al razionalismo etico che, in continuità con le prime riflessioni giusnaturalistiche, aveva ricercato un fondamento assoluto dei diritti dell’uomo in vista di una loro migliore attuazione, osservando in particolare l’impossibilità di una definizione unitaria, il progressivo ampliamento della sfera dei diritti considerati fondamentali e l’assenza di ogni collegamento dimostrabile tra affermazione e realizzazione degli stessi. Nello stesso senso, cfr. anche ID, *Diritti dell’uomo e società*, in Id., *L’età dei diritti*, 3° ed., Einaudi, Torino, 1997, 82 ss..

<sup>32</sup> Cfr. i commenti adesivi, sul piano della giustificazione, alla tesi di Ignatieff di S. VECA, *I diritti umani e la priorità del male*, in M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2003, 101 ss. (successivamente sviluppati in ID., *La priorità del male e l’offerta filosofica*, Feltrinelli, Milano, 2005), il quale osserva come già la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo si caratterizzi come «un tentativo di salvare i resti del retaggio illuminista dalla barbarie della guerra mondiale appena conclusa», pur divergendo, proprio in ragione di tale premessa, dalle proposte dell’Autore in tema di “esportazione” dei diritti umani (anche attraverso l’intervento armato) richiamando le teorie del pluralismo valoriale e della “libertà negativa” di Isaiah Berlin. L’idea di priorità (o di memoria) del male, con particolare riferimento alla *Shoah*, d’altra parte, caratterizza la nota tesi di A.M. DERSHOWITZ, *Rights from wrongs*, Basic Book, New York, 2004, trad., *Rights from wrongs - Una teoria laica delle origini dei diritti*, Codice, Torino, 2004. Nello stesso senso, peraltro, si esprimeva un illustre penalista come Federico Stella in F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006, 170 ss.. Di recente, cfr. anche G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 307 ss..

<sup>33</sup> Cfr., in proposito, N. BOBBIO, *La Rivoluzione francese e i diritti dell’uomo*, in Id., *L’età dei diritti*, 3° ed., Einaudi, Torino, 1997, 90 ss.

<sup>34</sup> In questo senso, cfr. M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia*, cit., 79 ss., e N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, cit., 45 ss., il quale, richiamando la riflessione kantiana, individuava proprio nell’affermazione dei diritti umani la principale manifestazione del “progresso morale” dell’umanità.

<sup>35</sup> Si tratta della nota tesi di J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt A.M., 1992, trad., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e associati, Milano, 1996, in particolare 103 ss., nella quale l’Autore tenta di superare la tradizione kantiana che subordinava l’esercizio della sovranità popolare al rispetto dei diritti dell’uomo, configurando un rapporto paritario e complementare tra morale di ragione e diritto positivo (capaci di “integrarsi a vicenda”).

<sup>36</sup> In questi efficaci termini, cfr. M. CARTABIA, *L’universalità dei diritti umani*, cit., 555, che osserva come la grande ambiguità e contraddittorietà dei diritti dell’uomo stia proprio nella loro pretesa di assolutezza contestuale al riconoscimento della natura storicamente relativa (poiché, come emerge costantemente negli scritti di Norberto Bobbio, l’argomento storico non nega mai la ritenuta universalità dei diritti e, anzi, la ricostruisce dalle fondamenta).

pubblica nell'esercizio di una prerogativa individuale se giustificata dalla "necessità in una società democratica", locuzione da cui trae origine il fondamentale giudizio di proporzione particolarmente valorizzato nella giurisprudenza della Corte europea nell'opera di bilanciamento tra istanze individuali e ragioni di Stato. Proprio in tale giurisprudenza, infatti, emerge chiaramente una tensione dialettica costante tra esigenze di implementazione ermeneutica delle garanzie fondamentali e necessità di un consenso diffuso rispetto all'opera di un giudice la cui legittimazione democratica è debole (su tali profili, v. *infra*, § 3.1). Ed anche l'accusa di "fondamentalismo umanitario" trova, in un certo senso, riscontro nelle vicende alle quali ha assistito di recente il sistema Cedu, se solo si considera la posizione dei governi nazionali nella conferenza di Interlaken del febbraio 2010 volta a richiedere, a fronte di una domanda da parte di Strasburgo di un maggior impegno nell'esecuzione delle pronunce di condanna a livello di ordinamento interno, un definitivo *restraint* della Corte europea nelle materie sensibili da un punto di vista etico-religioso<sup>37</sup>.

Si tenga presente, infine, che le dinamiche osservate sinora si ripropongono, evidentemente, nel rapporto tra diritti fondamentali e diritto penale, ossia in quel settore dell'ordinamento capace di incidere su quello che Kant, nella *Metafisica dei costumi*, individuava come unico diritto "innato"<sup>38</sup>. Tanto nell'implementazione delle garanzie penalistiche rispetto alle esigenze di difesa sociale, quanto nella recente tendenza che vede i diritti fondamentali farsi promotori dell'intervento punitivo (essenzialmente sulla base delle ragioni della vittima del reato, come si vedrà *infra*, § 4.1), in effetti, si registra la medesima tensione tra istanze individuali e universalistiche e ragioni della società (o, meglio, della maggioranza). Queste ultime, infatti, sembrano tuttora essere all'origine di soluzioni giurisprudenziali che non possono ancora considerarsi soddisfacenti anche dal punto di vista del rispetto del fondamento "storico" del principio di legalità (sintomatica, come si avrà modo di ribadire, l'esiguità di pronunce di violazione dell'art. 7 Cedu. Per altro verso, proprio l'argomento storico del "consenso" è stato in grado di giustificare improvvise "accelerazioni" della Corte sul terreno delle garanzie penalistiche, se solo si considera la recente svolta su di un tema attualmente tanto dibattuto in ambito interno quale quello del rango della *lex mitior* (v. *infra*, Cap. III, § 3.3).

---

<sup>37</sup> Cfr., in particolare, il passaggio della dichiarazione di intenti firmata nella conferenza in cui si richiama la Corte a conservare un ruolo effettivamente sussidiario, preceduto da diversi interventi dei ministri degli esteri europei nei quali più esplicita era stata la critica all'interventismo della Corte in materie eticamente sensibili quale, ad esempio, quella concernente l'Italia dei crocifissi esposti nelle aule scolastiche (in un momento storico nel quale si registrano diverse situazioni di tensione tra volontà popolare e principio di laicità dello Stato, se si considerano, ad esempio, le problematiche del divieto di indossare il burqa in Francia o del referendum svizzero contro i minareti). Non sembra un caso che, proprio a seguito di tali eventi e delle rimostranze di diversi Paesi rispetto alla pronuncia di primo grado, la *Grande Chambre* abbia ribaltato la soluzione adottata inizialmente a proposito del crocifisso nelle scuole italiane nella sentenza *Lautsi c. Italia*, 18 marzo 2011.

<sup>38</sup> Sul punto, cfr. le considerazioni di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 48 s..

### **2.3. (segue)... Il contributo dei diritti dell'uomo all'ascesa del giudice nel passaggio dei sistemi giuridici dalla "piramide" alla "rete".**

L'affermazione dei diritti fondamentali si lega intimamente agli altri fenomeni che caratterizzano il superamento della "modernità giuridica" – ossia il mutamento della struttura della produzione giuridica efficacemente rappresentato dalla metafora del passaggio dalla piramide alla rete<sup>39</sup> e l'esaltazione della figura del giudice – e dei quali occorre, evidentemente, tener conto in uno studio sulla legalità penale, uno dei principi giuridici che maggiormente risentono del mutamento di paradigma (nei termini di Thomas Kuhn) avendo trovato la sua consacrazione nel momento di massimo splendore dei miti illuministici dell'assoluta centralità della fonte parlamentare e del giudice quale "*bouche de la loi*", entrati definitivamente in crisi solo nel secondo dopoguerra<sup>40</sup>.

Quanto alla struttura reticolare delle fonti, evidentemente, i diritti fondamentali rilevano nel momento in cui gli stessi vengono ad individuare un "livello" giuridico ulteriore – fenomeno evidente, in particolare, nell'istituzione di un sistema giurisdizionale che caratterizza la Convenzione europea (a prescindere, per il momento, dal rango che si voglia attribuire alla Convenzione o alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo) – che contribuisce a rendere complessa l'architettura della produzione giuridica. Da questo punto di vista, si può osservare come i diritti dell'uomo contribuiscano al tramonto della struttura piramidale delle fonti di stampo kelseniano al pari dei fattori più strettamente riconducibili al pluralismo giuridico<sup>41</sup>. La teoria dei diritti dell'uomo, tuttavia, appare incidere ancor più profondamente sul declino della sovranità statale proprio per quell'osservata vocazione universalistica di stampo giusnaturalistico che la

---

<sup>39</sup> Significativo, ad esempio, che l'opera di F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, si apra con due illustrazioni volte a raffigurare le due strutture descritte e, per simboleggiare la piramide, venga scelto il frontespizio del *Leviatano* di Hobbes (con la spada e la croce volte effettivamente a delineare una figura piramidale), ossia l'opera rappresentativa del momento di apice della sovranità statale nella filosofia politica e della nascita del positivismo giuridico (v. *supra*, § 2.2).

<sup>40</sup> Cfr. in proposito, le osservazioni di M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007, 2 ss., che già in sede di introduzione più volte indica il tema della legalità penale come terreno di osservazione del mutamento di paradigma (affrontato specificamente dall'Autore in altri scritti sui quali si tornerà diffusamente nel prosieguo) in epoca post-moderna che si può registrare, dopo un'ampia fase di "modernità liquida", a partire dal secondo dopoguerra. Anche F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, cit., in sede introduttiva fanno coincidere con tale momento il "passaggio" dalla piramide alla rete, notando come l'influenza delle riflessioni di Kelsen, Hart e Ross fosse ancora forte all'indomani della seconda guerra mondiale, nonostante che proprio tali eventi avrebbero condotto (assieme alla globalizzazione economica ed al progresso tecnologico) all'affermazione del relativismo giuridico che già si era affacciato precedentemente.

<sup>41</sup> Imprescindibile il riferimento alla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano, nella quale già si osservava una diversificazione della produzione legislativa a vari livelli oggi evidentemente accentuata se solo si considerano, tra le vicende che hanno interessato l'ordinamento italiano, i trasferimenti di competenza all'Unione europea e l'affermarsi degli ordinamenti sovranazionali (sul punto, v. in particolare A. CASSESE, *L'apertura degli ordinamenti statali all'ordinamento della comunità internazionale*, Esi, Napoli, 2009, *passim*), il progressivo decentramento della potestà legislativa a livello regionale, il proliferare di autorità amministrative indipendenti con competenze normative, nelle quali può ben osservarsi quel fattore ulteriore caratteristico del pluralismo giuridico individuato da F. VIOLA, *Il rule of law*, cit., 100 ss., ossia la concorrenza (o competizione) di ordinamenti per la regolazione dello stesso corso di azioni.

distingue da ogni altra tipologia di produzione giuridica. In questo senso, se un momento decisivo nel crollo della piramide è stato individuato nel momento in cui il giudizio di legittimità costituzionale viene ad essere inquadrato come qualcosa di ulteriore rispetto ad un “nuovo” gradino (com’era, invece, nella teorizzazione kelseniana)<sup>42</sup>, proprio il giudizio di conformità ai diritti dell’uomo non fa che accentuare tale fenomeno data l’osservata capacità di evidenziare la componente anti-democratica del costituzionalismo<sup>43</sup>.

Per altro verso, la pretesa di validità in ogni tempo ed in ogni luogo spiega perché i diritti fondamentali valorizzino ampiamente anche quel secondo aspetto della post-modernità giuridica, ossia l’accentuazione del ruolo del giudice: infatti, se la stratificazione normativa ne esalta un ruolo come “tessitore” della regola mediante un confronto tra i diversi ordinamenti (piuttosto che di mero applicatore)<sup>44</sup>, tale forma evoluta di diritto costituzionale (universale e sovranazionale) si rivela lo strumento preferenziale nel dialogo tra le alte giurisdizioni e nella circolazione degli argomenti giuridici costituendo un “formidabile collante” del pluralismo giuridico<sup>45</sup>. L’universalità dei diritti, così, incoraggia i giudici a riferirsi ai precedenti giurisdizionali emessi in altre parti del mondo in situazioni analoghe, originando fenomeni di “emancipazione” ed “emulazione”<sup>46</sup> che iniziano ad essere sperimentati anche dalla Corte costituzionale italiana<sup>47</sup>. Si comprende allora come, in questo

---

<sup>42</sup> In questo senso, cfr. ancora le note introduttive di F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramde au réseau*, cit., e di M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., 25. In proposito, v. anche le riflessioni sul concetto di Costituzione svolte in G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 131 ss., e ID., *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2006, 307 ss..

<sup>43</sup> V. ancora G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali*, cit., 307, il quale osserva come la giustizia costituzionale sia espressione della repubblica, non della democrazia, ideologia rispetto alla quale le Corti costituzionali possono sembrare “ospiti sgraditi”. Tenendo presente tale considerazione, effettivamente, si può ben parlare di progressiva “costituzionalizzazione” attraverso i diritti fondamentali del diritto sovranazionale ed internazionale, come proposto da A. RUGGERI, *I diritti fondamentali tra carte internazionali e Costituzione (dalla forza delle fonti alle ragioni dell’interpretazione)*, in M. Vogliotti, a cura di, *Il tramonto della modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2009, 149.

<sup>44</sup> In proposito, cfr. ancora M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., 219 ss. e ID., *Introduzione*, in ID., a cura di, *Il tramonto della modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2009, 20 ss.. L’interesse crescente in quello che Bigiavi chiamava il “diritto giudiziario” appare testimoniato dalla comparsa nel panorama internazionale di diverse opere specificamente dedicate ai problemi dell’ermeneutica e della legittimazione del potere dei giudici (v., in particolare, J. ALLARD-A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation - La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Paris, 2005; M. DE S.-O.-L’E. LASSER, *Judicial deliberations - A comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*, Oxford University Press, Oxford, 2004).

<sup>45</sup> Cfr. A. RUGGERI, *I diritti fondamentali*, cit., 146, il quale osserva come questi siano espressione di una cultura giuridico-politica che dimostra grande capacità di aggregazione ed espansione.

<sup>46</sup> In particolare, cfr. M. DELMAS-MARTY, *Mondializzazione e ascesa al potere dei giudici*, in M. Vogliotti, a cura di, *Il tramonto della modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2009, 129 ss..

<sup>47</sup> Sul punto, cfr. M. CARTABIA, *L’universalità dei diritti*, cit., 547 s., che osserva tale fenomeno, in particolare, nelle giurisdizioni costituzionali segnalando l’esempio della Costituzione sudafricana nella quale, addirittura, si invita espressamente il giudice a prendere in considerazione la *foreign law* nell’interpretazione della Carta dei diritti. Quanto alla tendenza della Corte costituzionale italiana, si nota come vi sia ancora un certo timore nel riferimento immediato ai precedenti dei giudici stranieri rispetto ad una sempre crescente citazione della giurisprudenza delle Corti europee (e specificamente sul terreno della legalità penale, s

quadro, la stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sia stata richiamata, ad esempio, dalla *Supreme Court* statunitense, a riprova della facilità di circolazione dei diritti umani del dialogo multilivello tra giurisdizioni<sup>48</sup>. In altri termini, il fattore che rende i giudici costituzionali «un *milieu* omogeneo, indipendente dalla nazionalità», li avvicina anche ai giudici sovranazionali che svolgono la funzione (originaria o attribuita successivamente, come nel caso della Corte di giustizia), di tutela dei diritti fondamentali, la quale costituisce il terreno più fertile per la realizzazione del «cosmopolitismo giudiziario» e della dimensione «vivente» del diritto costituzionale<sup>49</sup>. Ancora, proprio il compito di vaglio sul rispetto dei diritti fondamentali finisce per rappresentare, così, il principale argomento di legittimazione dell'operato dei giudici nel momento di crisi del principio di sottoposizione alla legge.

Infine, i diritti fondamentali appaiono contribuire all'«ascesa al potere» dei giudici<sup>50</sup> anche per la necessaria esplicitazione degli stessi nel caso concreto: nella distinzione tra regole e principi, infatti, i diritti fondamentali appaiono evidentemente riconducibili al secondo termine e, pertanto, insuscettibili di applicazione mediante deduzione quanto, piuttosto, bisognosi di costante specificazione attraverso il caso concreto<sup>51</sup>, «nel luogo in cui fatto e diritto si ibridano»<sup>52</sup>. Viene esaltato, pertanto, il diritto giurisprudenziale nei suoi attributi di concretizzazione e composizione delle controversie e, addirittura, nella sua funzione equitativa (canone solitamente guardato con sospetto nella teorizzazione giuspositivistica). Proprio la concretezza del giudizio (consentita dalle peculiarità dell'istituto del ricorso individuale) costituisce uno dei «punti di forza» della Corte europea, consentendole un sindacato ben più penetrante di quello incentrato sulla «protezione equivalente» che, per lungo tempo, ha caratterizzato l'attività della Corte di giustizia. Per altro verso, il fatto che i diritti dell'uomo «vivano» nel caso concreto, riaffermando la loro validità nella constatazione della violazione piuttosto che nella petizione di principio autorizza a valutare criticamente l'ipotesi di disapplicazione diretta di una regola/legge nazionale da parte di un giudice interno per contrarietà alle pronunce della Corte di Strasburgo dato il rischio di confusione di sistemi imperniati, rispettivamente, sulla reiterazione della regola preesistente e dalla formazione della stessa a partire dal caso concreto (v. *infra*, § 3.3).

---

<sup>48</sup> Sul punto, cfr. G. CANIVET, *Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales: éloge de la "benévotence" des juges*, in *Rev. sci. crim. et droit pén. comp.*, 2005, 814 s..

<sup>49</sup> Cfr. ancora le osservazioni, dalle quali i virgolettati, di G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali*, cit., 297 ss., il quale opta per una realistica e «prudente» difesa del ruolo dei diritti fondamentali nella circolazione degli argomenti giuridici rispetto alle critiche di «avanguardismo morale».

<sup>50</sup> Parafrasando il titolo del già citato contributo di M. DELMAS-MARTY, *Mondializzazione e ascesa al potere dei giudici*, cit., 2009.

<sup>51</sup> Cfr., in proposito, le considerazioni di F. VIOLA, *Il rule of law*, cit., 111, che osserva come ciò non neghi l'idea di preesistenza del valore o del principio (nel caso specifico, del diritto fondamentale), ma come si riveli, in ogni caso, necessaria una continua mediazione dell'interpretazione giurisdizionale nel dare contorni ad un principio.

<sup>52</sup> Nei termini che ricorrono nelle riflessioni di Massimo Vogliotti.

Anche rispetto all'ascesa dei giudici, d'altra parte, si affaccia la critica di chi mostra i rischi implicati in un "colonialismo giurisdizionale", nel momento in cui il fenomeno dell'attivismo dei giudici tende ad assorbire anche compiti spettanti alle sedi politiche<sup>53</sup>. Appare quindi riproporsi, relativamente alla materia dei diritti umani, nient'altro che quella tensione dialettica tra istanze universali e metodo democratico che, come si è detto, si manifesta quanto più le pretese di tutela si allontanano da un nucleo "forte" di diritti e, anche rispetto ad esigenze primarie, quanto più chiamino in causa l'intervento positivo dello Stato<sup>54</sup>. Sul terreno dei rapporti tra diritti dell'uomo e diritto penale, come si è già osservato, tale critica non può che avere un impatto decisivo sull'attuale tematica dei margini di giustiziabilità (segnatamente, mediante declaratoria di illegittimità costituzionale con effetti *in malam partem*) degli obblighi di tutela penale elaborati nella giurisprudenza della Corte europea (v. *infra*, § 4.1).

### **3. Le pronunce della Corte europea di diritti dell'uomo tra funzioni ed efficacia.**

#### **3.1. L'interpretazione della Corte europea nella "missione" della promozione dei diritti fondamentali.**

Nell'età dei diritti, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo assume primaria rilevanza non solo perché, evidentemente, si presenta come il trattato di riferimento in ambito europeo, ma soprattutto per l'istituzione di un sistema di accertamento delle violazioni in grado di realizzare quella pretesa di vincolatività che storicamente si è rivelata il "punto debole" della tutela internazionale dei diritti fondamentali, ancorata ai livelli di promozione e controllo "politico" ma carente in termini di accertamento giurisdizionale<sup>55</sup>. L'istituto del ricorso individuale – in quanto imperniato sulla gratuità, sulla non necessità di rappresentanza legale e sull'assenza di ogni vincolo linguistico o di una regola *de minimis* (almeno sino all'adozione del Protocollo n. 14) – rappresenta effettivamente il perno del sistema convenzionale, ancor più significativo se si considera che taluni ordinamenti europei (come quello italiano) non conoscono un istituto quale il c.d. *recurso de*

---

<sup>53</sup> Cfr. M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali*, cit., 57 ss.. Vi sono spazi nei quali, in effetti, anche i limiti connaturati all'attività ermeneutica, ossia l'accettabilità da parte della comunità scientifica, la formazione della soluzione nel contraddittorio, il senso deontologico (sul punto, v. M. VOGLIOTTI, *Introduzione*, cit., 23 ss.) sembrano dimostrarsi insufficienti, così da far riemergere l'importanza del fondamento democratico, eredità della modernità giuridica che non può certamente considerarsi dispersa definitivamente.

<sup>54</sup> Nota puntualmente M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali*, cit., 57, che se è vero che la protezione dei diritti fondamentali è compito essenzialmente giurisdizionale, ciò non toglie che in determinate situazioni si ponga un problema di decisione (in particolare in sede di bilanciamento) che richiedono inevitabilmente una discussione di matrice democratica.

<sup>55</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Presente e avvenire*, cit., 34 ss., il quale osservava come proprio con la Convenzione europea si realizzi il terzo momento della tutela dei diritti, ossia quello caratterizzato dall'effettiva garanzia.

*amparo*<sup>56</sup>. Peraltro, l'apparato giurisdizionale si è rivelato decisivo non solo sul piano della giustiziabilità delle violazioni, ma anche su quello dell'elaborazione e dello sviluppo dei contenuti delle disposizioni convenzionali, di talché uno studio sui diritti tutelati dalla Convenzione e dai suoi Protocolli addizionali si rivela nient'altro che un'analisi della giurisprudenza della (Commissione e della) Corte europea dei diritti dell'uomo, senza la quale i primi rimarrebbero “foglie morte”<sup>57</sup>.

In primo luogo, infatti, si può osservare che le pronunce della Corte europea hanno permesso una progressiva specificazione delle clausole generali ed elastiche, tipiche di una dichiarazione dei diritti fondamentali, in una declinazione casistica che percorre la via che dai “principi” conduce alle “regole” e che ha consentito, se non altro, rispetto ai più diversi settori giuridici l'enucleazione di autentici “sotto-principi”<sup>58</sup> nei quali si riflette quel costante bilanciamento tra diritti individuali e interessi della collettività (v. *supra*, § 2.2) fondamentalmente incardinato nel giudizio di proporzione, momento di assoluta centralità nello scrutinio della Corte<sup>59</sup>. I giudici di Strasburgo, in altri termini, vengono chiamati ad elaborare quella dialettica tra “ragion di Stato” e “Stato della ragione”<sup>60</sup> che è la cifra essenziale del progressivo sviluppo del sistema dei diritti fondamentali; si comprende, in effetti, come in tale fenomeno, in quanto caratterizzato dal continuo confronto tra logiche contrapposte e dalla contestuale affermazione e relativizzazione dei diritti, sia stata identificata una delle espressioni principali delle logiche giuridiche *floues*<sup>61</sup>.

In questo contesto, peraltro, si affaccia un'ulteriore prerogativa fondamentale dei giudici di Strasburgo, ossia quella dell'interpretazione evolutiva dei diritti fondamentali, nel momento in cui, a partire dal noto caso *Golder*, la Commissione e la Corte affermano la necessità di un'ermeneutica estensiva delle disposizioni convenzionali coerentemente con l'impronta teleologica di cui al

---

<sup>56</sup> Che permette il ricorso individuale e diretto, non mediato da una decisione di una giurisdizione interna, al giudice costituzionale per invocare una violazione di un diritto fondamentale ad opera di un qualsivoglia apparato statale (pertanto, non necessariamente derivante da una legge ordinaria)

<sup>57</sup> In questi termini, tra i tanti, cfr. A. MULARONI, *Il futuro della Corte di Strasburgo a 56 anni dall'adozione della Convenzione europea dei diritti umani*, in *I diritti dell'uomo*, 2006, 15.

<sup>58</sup> Tale distinzione tra “principi”, “sotto-principi” e “regole”, in particolare, si rivelerà di primaria importanza al momento di valutare la possibilità di applicazione diretta delle indicazioni della Corte europea (v. *infra*, § 3.3).

<sup>59</sup> Sul punto, cfr. in particolare S. VAN DROOGHENBROEK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001, *passim*, e M. DELMAS-MARTY, *Fecondità delle logiche giuridiche sottese ai metodi interpretativi della Corte europea*, in Id., a cura di, *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 1994, 336 ss.. Sui diversi bilanciamenti operati dalla Corte in relazione al parametro della legittimità democratica nei primi anni di attività, v. F. OST, *Originalità dei metodi di interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *ivi*, 295 ss., il quale nota come lo stesso sia assunto anche in relazione a disposizioni nelle quali la rispettiva clausola non compare (ad esempio, sin dal caso *Winterwerp*, l'art. 5 Cedu), a dimostrare come sia il giudizio di proporzione il canone fondamentale nell'opera ermeneutica dei giudici di Strasburgo.

<sup>60</sup> Nei termini emersi in sede di redazione della Convenzione e ricordati da M. DELMAS-MARTY, *Introduzione*, in Id., a cura di, *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 1994, 5 ss, che nota come diverse siano le clausole della Convenzione che permettono effettivamente il reingresso alla ragion di Stato, la quale viene “ragionata” proprio mediante l'interpretazione della Corte europea.

<sup>61</sup> Cfr., in particolare, M. DELMAS-MARTY, *Fecondità delle logiche*, cit., 327 ss..

Preambolo della Convenzione<sup>62</sup>. Se la finalità rimane quella della continua implementazione del sistema di tutela individuale, quest'ultima tecnica interpretativa assume contorni del tutto peculiari, consentendo l'attribuzione di nuovi significati e contenuti alle disposizioni convenzionali, di frequente a seguito di *overruling* di precedenti statuizioni<sup>63</sup>. Un ruolo fondamentale in quest'opera, peraltro, è svolto dalla c.d. "dottrina del consenso"<sup>64</sup> in base alla quale l'acquisita omogeneità assiologica tra i Paesi membri consente un'estensione della portata delle disposizioni convenzionali così da individuare autentici "nuovi" diritti. Tale itinerario ermeneutico – particolarmente valorizzato in una fase di allargamento ad est del Consiglio d'Europa e, quindi, caratterizzata dal conseguente superamento delle contrapposizioni ideologiche che hanno contrassegnato la seconda metà del ventesimo secolo – ha condotto la Corte ad affiancare ad una casistica "classica" (tuttora avente ad oggetto gravi fenomeni di oppressione e persecuzione)<sup>65</sup> una giurisprudenza nella quale oramai vengono contemplati anche diritti di terza e quarta generazione e tesa ad ammettere veri obblighi "positivi" di tutela (anche specificamente "penale", v. *infra*, § 4.1) affianco ai tradizionali obblighi di astensione dall'interferenza<sup>66</sup>, sollevando tuttavia anche numerose obiezioni – nel solco della critica al c.d. "fondamentalismo umanitario" (v. *supra*, § 2.2) – in quanto volta a promuovere diritti sempre "meno" fondamentali sulla base di una vocazione essenzialmente maggioritaria, piuttosto che a seguito di una deliberata cessione di sovranità da parte dei Paesi membri<sup>67</sup>. In questo

---

<sup>62</sup> Sul punto, cfr. F. OST, *Originalità dei metodi*, cit., 281 ss., che già sulla base di uno studio sulle sentenze emesse tra il 1960 e il 1987 osservava come, accanto ai tradizionali metodi ermeneutici derivati dalla Convenzione di Vienna sull'interpretazione dei trattati, assuma un ruolo centrale il metodo evolutivo dell'interpretazione teleologica.

<sup>63</sup> Sull'interpretazione evolutiva della Corte europea, tra i tanti, cfr. N. VALTICOS, *Interprétation juridique et idéologies*, in Aa. Vv., *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne - Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*, Carl Heynemans Verlag KG, Berlin, 2000, 1472 ss.; S. C. PREBENSEN, *Evolutionary interpretation of the European Convention of Human Rights*, in *ivi*, 1132 ss.; F. OST, *Originalità dei metodi*, cit., 307 ss..

<sup>64</sup> Sviluppata per la prima volta nella sentenza *Tyrer c. Regno Unito*, 25 aprile 1978, la dottrina del consenso ha preso forma in pronunce quali *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979; *Dudgeon c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981; *Soering c. Regno Unito*, 7 luglio 1989; e *L. e V. c. Austria*, 9 gennaio 2003.

<sup>65</sup> Si pensi alle vicende della repressione cecena e curda ad opera di Russia e Turchia, i due paesi che tuttora sveltano nella statistica delle violazioni accertate (affiancati dall'Italia, ma in relazione alla tristemente nota questione della lunghezza dei procedimenti).

<sup>66</sup> Cfr., ad esempio, quelli che ormai vengono riconosciuti come veri e propri obblighi di intervento statale rispetto all'attività privata che mette a rischio il "diritto all'ambiente sano", autentico diritto di nuova generazione, come riaffermato, di recente, nella sentenza *Tatar c. Romania*, 27 gennaio 2009, § 87 ss.. Sul punto, cfr. F. SUDRE, *Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in Aa. Vv., a cura di, *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne - Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*, Carl Heynemans Verlag KG, Köln-Berlin-München, 2000, 1359 ss., il quale osserva come proprio quella degli obblighi positivi, concetto sempre filtrato attraverso il fondamentale giudizio di proporzione, sia una paradigmatica manifestazione dell'interpretazione dinamica della Convenzione orientata nel senso dell'effettività della tutela, particolarmente sviluppata in relazione ai diritti economici e sociali. In tali movimenti giurisprudenziali, in effetti, si manifesta quella vocazione espansiva dei diritti dell'uomo (già evidenziata *supra*, § 2.2) nella direzione dell'ampliamento del novero e dal passaggio dall'idea di "libertà negativa" à la Berlin ad obbligo positivo dello Stato nella realizzazione di condizioni di vita migliori per i cittadini.

<sup>67</sup> Si possono richiamare, sul punto, talune riflessioni emerse nel seminario organizzato in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario della Corte europea, il 25 gennaio 2008, con le quali veniva sottolineata la difficoltà di riferirsi ad un concetto di "consenso" in un sistema composto da 47 ordinamenti nei quali la stessa sovranità statale non può che porre resistenze a limiti diversi da quelli espressamente convenuti ed in cui attraverso la dottrina del consenso,

contesto, peraltro, un ruolo preminente assume l'interpretazione c.d. "autonoma" delle clausole convenzionali, itinerario ermeneutico che, muovendo da una fondamentale esigenza di integrità del sistema (altrimenti esposto a diverse interpretazioni quanti sono i Paesi membri), ha condotto la Corte a implementazioni estremamente significative dello statuto garantistico dei diritti dell'uomo<sup>68</sup>, come si osserverà proprio in relazione al principio di legalità penale.

A fronte dei metodi interpretativi attraverso i quali la Corte elabora e promuove le garanzie individuali, sin dalle prime pronunce è affiorato, diffondendosi progressivamente, il contraltare rappresentato dal concetto chiave del "margine di apprezzamento", pietra angolare nell'integrazione dei sistemi convenzionale e nazionale in quanto volto a consentire agli stati un'opera di adattamento degli *standard* europei alle peculiarità domestiche. Diverse sono le definizioni registratesi nell'ampio dibattito dottrinale in materia, dal quale emerge un'idea di «ambito discrezionale lasciato alle società democratiche nella valutazione del necessario» sulla quale si gioca l'equilibrio tra sovranità statale e missione della Corte europea<sup>69</sup>: come affermano i giudici di Strasburgo, in particolare, «essendo in contatto diretto e permanente con le forze vitali del loro Paese, le autorità nazionali sono in via di principio favorite rispetto ad una giurisdizione internazionale nella valutazione inerente il contenuto preciso di esigenze come la "necessità" di una "restrizione" o di una "sanzione"»<sup>70</sup>. Si viene così a creare uno spazio nel quale possono dialogare le due istanze già rinvenibili nel Preambolo della Convenzione, ossia le finalità di creazione di uno spazio di garanzia comune tra gli Stati membri ed un principio di consenso tra gli stessi<sup>71</sup>. Il margine di apprezzamento nazionale rappresenta una tendenza "centrifuga" contrapposta alle tecniche ermeneutiche "centripete" sinora descritte<sup>72</sup>, conferendo all'intero sistema un'ulteriore connotazione *flou*<sup>73</sup>, in

---

specialmente se all'esito di una valutazione poco approfondita, può celarsi la volontà di una maggioranza di imporre la tutela di diritti non affatto "fondamentali" (se non addirittura di istanze culturali e morali) o, in ogni caso, di tendere ad un'integrazione dei sistemi giuridici nazionali estranea agli scopi della Convenzione; cfr., in particolare, i termini dell'intervento di J. L. MURRAY, *Consensus: concordance, or hegemony of the majority?*, in *Dialogue between judges*, European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 2008, 35 ss..

<sup>68</sup> Cfr., sul punto, F. OST, *Originalità dei metodi*, cit., 312 ss., il quale osserva come tale itinerario ermeneutico sia tanto necessario e fisiologico quanto problematico nelle sue applicazioni pratiche, dovendo, comunque, essere messa in relazione con le interpretazioni nazionali ancora una volta alla ricerca di un "consenso" che è richiesto già dal Preambolo, il quale si riferisce ad «un patrimonio comune di tradizioni e di ideali».

<sup>69</sup> Cfr. J. CALLEWAERT, *Quel avenir pour la marge d'appréciation?*, in Aa. Vv., a cura di, *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne - Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*, Carl Heynemans Verlag KG, Köln-Berlin-München, 2000, 149, il quale richiama i termini, qui virgolettati, dell'ex-presidente della Corte europea Rolv Ryssdal.

<sup>70</sup> Cfr. la storica sentenza *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, § 48, nella quale si poteva osservare una prima compiuta elaborazione da parte della Corte del concetto del margine nazionale di apprezzamento, prima affiorato in alcune decisioni della Commissione sull'applicabilità dell'art 15 Cedu e, meno chiaramente, anche in alcune pronunce della stessa Corte. Sul punto, cfr. la ricostruzione storica sull'origine e lo sviluppo della teoria del margine di apprezzamento di P. LAMBERT, *Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité*, in F. Sudre, a cura di, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, 63 ss..

<sup>71</sup> Cfr. J. CALLEWAERT, *Quel avenir*, cit., 155 s.. L'argomento del consenso europeo è particolarmente valorizzato da F. TULKENS-L. DONNAY, *La teoria del margine nazionale di apprezzamento e la Corte europea dei diritti dell'uomo: paravento giuridico o criterio interpretativo indispensabile?*, in *Ius17@unibo.it*, 2008, 433.

<sup>72</sup> Come osserva acutamente F. OST, *Originalità dei metodi*, cit., 314.

quanto caratterizzato da contrapposizioni spiccatamente “quantitative” (di bilanciamento) al pari del giudizio di proporzione con il quale, effettivamente, tende a confondersi<sup>74</sup>.

A ben vedere, tanto nelle dinamiche centrifughe quanto in quelle centripete, è dato rinvenire proprio quell’accentuazione del ruolo del giudice dell’“equità” e del caso concreto che caratterizza gli ordini giuridici “fluidi” (v. *supra*, § 2.3). Come è stato osservato, infatti, la fisiologica indeterminatezza delle tecniche ermeneutiche adottate dalla Corte, pur riflettendosi inesorabilmente in termini negativi sulla prevedibilità delle soluzioni adottate (e, quindi, sull’idea di certezza del diritto), si è rivelata quanto mai utile per un’attuazione piuttosto efficace della “missione” di promozione e bilanciamento dei diritti fondamentali rispetto agli interessi collettivi<sup>75</sup>. È evidente, d’altra parte, che la tenuta di tale sistema, stante la fondamentale carenza di ogni legittimazione democratica<sup>76</sup>, dipende in gran parte dall’autorevolezza delle decisioni e dalla loro capacità di incontrare una larga condivisione, come testimonia il ruolo fondamentale dell’idea di “consenso”, tanto nell’interpretazione evolutiva e nelle definizioni “autonome”, quanto nella dottrina del margine di apprezzamento<sup>77</sup>. Al momento, in effetti, sembra che la Corte sia riuscita a svolgere positivamente il suo compito, come testimonia il suo “successo” anche in un momento di crisi politica del Consiglio d’Europa<sup>78</sup>: parafrasando i termini di Hart, l’attuale fase storica appare testimoniare una “riuscita” del sistema in grado di conferirgli l’autorità “postuma” rispetto alle decisioni sulle regole costituzionali fondamentali<sup>79</sup>. Una riuscita (che deve, in ogni caso, essere

---

<sup>73</sup> Sottolineano la natura *floue* del margine di apprezzamento nazionale M. DELMAS-MARTY-J.F. COSTE, *Les droits de l’homme: logiques non standard*, in *Le genre humain*, 1998, 136.

<sup>74</sup> Cfr. F. TULKENS-L. DONNAY, *La teoria del margine nazionale*, cit., 437. Si potrebbe dire che nel giudizio di proporzione dovrebbe trovare spazio la misura “oggettiva” del bilanciamento tra interessi pubblici e individuali, mentre nel margine di apprezzamento nazionale tale equilibrio dovrebbe essere ulteriormente valutato alla luce delle singole esigenze dell’ordinamento in questione, ma nella giurisprudenza della Corte europea è effettivamente impossibile rinvenire una nitida distinzione in questi termini.

<sup>75</sup> M. DELMAS-MARTY, *Fecondità delle logiche*, cit., 329, e F. OST, *Originalità dei metodi*, cit., 324.

<sup>76</sup> Il giudice della Corte europea, infatti, viene eletto dall’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa tra una rosa di tre nomi di origine solitamente governativa. Il coefficiente di democraticità della nomina, in effetti, è piuttosto basso, legato per lo più alla rappresentatività alquanto indiretta dell’organo assembleare del Consiglio (formato da persone elette da e tra gli appartenenti ai parlamenti nazionali).

<sup>77</sup> Sul ruolo centrale del consenso anche nella teoria del margine di apprezzamento, cfr. P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia, a cura di, *I diritti in azione - Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, 169 ss., la quale nota come proprio la “dottrina del consenso” e quella del margine di apprezzamento si sviluppino parallelamente sin dal noto caso *Handyside*. Tale aspetto appare confermare, effettivamente, quelle teorizzazioni volte a sostenere la definizione “storica”, piuttosto che un fondamento assoluto, del concetto di diritto dell’uomo (v. *supra*, § 2.2).

<sup>78</sup> Anche se occorre non sottovalutare il fatto che il rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione, “misurato” attraverso il numero di condanne da parte della Corte europea, rappresenta da un punto di vista politico un’importante credenziale ai fini dell’ingresso di uno Stato nell’Unione europea.

<sup>79</sup> In effetti, pare ampiamente confermato, a distanza di venti anni, il bilancio positivo tratteggiato da F. OST, *Originalità dei metodi*, cit., 321 ss., il quale, proprio ricordando i termini di Hart, già osservava la diretta relazione tra bontà dei bilanciamenti operati dalla Corte e “successo” pratico in termini di numero di ricorsi e riconoscimento da parte degli ordinamenti membri dell’autorità delle sentenze.

realisticamente ricondotta anche alle fondamentali caratteristiche del ricorso individuale<sup>80</sup> e, appunto, alla “concretezza” del giudizio<sup>81</sup>) che è dimostrata dal crescita esponenziale dei ricorsi e delle decisioni pronunciate<sup>82</sup>, così come della recente adesione dell’Unione europea alla Convenzione (laddove, invece, negli altri campi di azione l’opera del Consiglio d’Europa è oramai ampiamente surclassata dalle “onnivore” competenze comunitarie), e che rende indispensabile oggi un’ampia riforma che ha tra gli obiettivi anche l’accentuazione dell’effettività delle pronunce rispetto agli ordinamenti nazionali. Se da un lato, infatti, il Protocollo n. 14<sup>83</sup> – sulla scia delle modifiche già apportate dal Protocollo n. 11 alla fine degli anni ’90<sup>84</sup> – è intervenuto su aspetti più propriamente riconducibili alla celerità della procedura<sup>85</sup> e ai limiti del ricorso individuale<sup>86</sup>, un fondamentale campo di intervento concerne la fase dell’esecuzione delle sentenze negli ordinamenti nazionali, rispetto alla quale si assiste ad una progressiva giurisdizionalizzazione<sup>87</sup> ma, soprattutto,

---

<sup>80</sup> Come osserva puntualmente V. ZAGREBELSKY, *L'avvenire del sistema europeo di protezione dei diritti umani affidato per ora al Protocollo n. 14 bis*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2009, 473.

<sup>81</sup> In effetti, il successo della Corte si spiega anche in relazione all’efficacia di un giudizio fondato sull’approccio casistico, indifferente rispetto all’articolazione dello Stato resistente e nel quale si pone in primo piano la soluzione pragmatica ad una violazione in concreto rispetto a considerazioni di carattere teorico o sistematico. Si ripropone, come accennato in precedenza, quell’idea “priorità del male” a fronte della difficoltà di ricostruire un’ “idea del bene” (v. *supra*, §§ 2.2 e 2.3).

<sup>82</sup> Basti osservare che nel 2000 i ricorsi attribuiti ad un organo decisorio (Comitato, Sezione o Grande Camera) erano 10500, mentre nel 2010 erano 61300. Ancora, i ricorsi pendenti nello stesso periodo sono passati da 15900 a 139650. Sulle esternalità negative di tale incremento, cfr. V. ZAGREBELSKY, *L'avvenire del sistema*, cit., 470.

<sup>83</sup> Aperto alla firma il 13 maggio 2004, il Protocollo n. 14 è stato per lungo tempo paralizzato dalla mancata ratifica della Russia, tanto da richiedere l’adozione di un Protocollo n. 14 *bis*, analogo (ancorché ridotto) nei contenuti ma non subordinato nella sua efficacia “relativa” (ossia solo rispetto ai ricorsi introdotti contro i Paesi aderenti) alla totalità delle ratifiche. Il 18 febbraio 2010, infine, la Russia ha tuttavia ratificato il Protocollo n. 14 che, quindi, è entrato pienamente in vigore.

<sup>84</sup> Sul punto, sia sufficiente rinviare alle considerazioni di M. DE SALVIA, *La nuova Corte europea dei diritti dell’uomo tra continuità e riforma*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1999, 704 ss.

<sup>85</sup> Tra le novità, si veda l’istituzione del Giudice unico per la prima fase di ricevibilità (nuovi artt. 26 e 27 Cedu) ma anche l’ampliamento delle competenze del Comitato di tre giudici che, ai sensi dell’art. 28 Cedu, può ora deliberare anche sul merito di ricorsi manifestamente fondati (cc.dd. casi-clone, particolarmente frequenti) e non solo su quelli manifestamente irricevibili, o le modifiche sul sistema di composizione amichevole delle controversie. Sul punto, cfr. F. SALERNO, *Le modifiche strutturali apportate dal Protocollo n. 14 alla procedura della Corte eur. dir. uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, 380 ss., e V. ZAGREBELSKY, *L'avvenire del sistema*, cit., 471 s., con uno sguardo critico rispetto a quella che l’Autore intravede come esclusivamente un’accentuazione dell’importanza del lavoro del *Greffe* della Corte rispetto al momento valutativo dei giudici.

<sup>86</sup> Il Protocollo n. 14, come accennato, ha infatti introdotto un criterio *de minimis* (art. 35 Cedu) che autorizza la declaratoria di irricevibilità del ricorso nei casi in cui il ricorrente non abbia subito un pregiudizio importante, salvo che il rispetto dei diritti umani non esiga un esame del ricorso nel merito, correttivo quest’ultimo che appare indispensabile se si considera, ad esempio, l’importanza del caso *Öztürk* in materia di principi penalistici (sul quale si dovrà tornare diffusamente) ancorché questo fosse relativo al pagamento di una somma di denaro alquanto modesta. In proposito, cfr. A. MULARONI, *Il futuro della Corte*, cit., 16 ss., la quale esprime perplessità circa ogni eventuale deriva che il sistema dovesse manifestare verso un modello di “*pick and choose*”, ossia di selezione ai fini della decisione dei soli ricorsi ritenuti più significativi. In senso contrario, tuttavia, cfr. le aperture di V. ZAGREBELSKY, *L'avvenire del sistema*, cit., 474, il quale individua proprio nell’ampiezza del sistema del ricorso individuale la causa dell’implosione del sistema convenzionale sotto il peso del numero dei ricorsi presentati. Si consideri che alla vigilia della conferenza di Interlaken, erano state ventilate proposte volte ad introdurre anche una sorta di imposta per il ricorso, così come di richiedere la rappresentanza legale o la redazione del ricorso in una delle lingue ufficiali del Consiglio, proposte che, tuttavia (e per ragioni comprensibili) non si sono materializzate.

<sup>87</sup> In particolare, mediante la modifica dell’art. 46 Cedu, così da consentire al Comitato dei Ministri di chiedere alla Corte l’interpretazione della decisione e, in caso di inadempimento statale, un intervento volto a dichiarare la violazione

ad un superamento della logica del caso concreto volto all'evidenziazione e alla rimozione dei difetti strutturali di un ordinamento, in un giudizio che tende sempre più al modello del controllo di costituzionalità della legge generale ed astratta<sup>88</sup>.

### **3.2. L'efficacia delle sentenze di Strasburgo nell'ordinamento interno.**

La rimozione dei difetti "strutturali" evidenziati dai giudici di Strasburgo rispetto all'ordinamento italiano ha originato l'adozione di una serie di interventi legislativi specifici<sup>89</sup> e di un provvedimento più generale (quello della legge n. 12/2006, c.d. legge Azzolini) a norma del quale la Presidenza del Consiglio dei ministri è autorizzata a «promuovere gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea emanate nei confronti dell'ordinamento italiano» (art. 5, 3° c.). Peraltro, a prescindere dalla natura "strutturale" dell'origine della condanna, proprio sul terreno dei rapporti tra diritti fondamentali e diritto penale si registra un fondamentale progresso nell'esecuzione delle condanne ai danni dell'Italia nella recente sentenza della Corte costituzionale n. 113/2011 con la quale – ribaltando il precedente orientamento espresso con la precedente decisione n. 129/2008<sup>90</sup> –, mediante pronuncia "additiva" rispetto all'art. 630 c.p.p., è stata individuata dal giudice delle leggi una "nuova" causa di revisione del processo penale in caso di condanna da parte della Corte europea. Si tratta di una soluzione che, ancorché caratterizzata da una certa eterogeneità rispetto alle altre cause di revisione<sup>91</sup>, appare in grado di rappresentare uno strumento generale ed effettivamente utile nel ricondurre ad unità tutti quei rimedi «parziali e inidonei» (nei termini della pronuncia) che la Corte di cassazione aveva

---

del § 1 della disposizione. Sul punto, cfr. B. RANDAZZO, *Nuovi sviluppi in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *I diritti dell'uomo*, 2006, 12 s..

<sup>88</sup> In questo senso, si pone la particolare procedura di inottemperanza che, analogamente alla procedura d'infrazione nel diritto comunitario, cerca di far valere definitivamente gli inadempimenti strutturali degli Stati membri alle indicazioni della Corte. Sul punto, cfr. F. SALERNO, *Le modifiche strutturali*, cit., 395 ss., il quale nota come tale direttiva di riforma si ponga in continuità con quella giurisprudenza sulla procedura-pilota affacciata nelle pronunce della Corte europea a seguito della risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 12 maggio 2004, in particolare nella sentenza *Broniowski c. Polonia*, 22 giugno 2004, § 189, che informa anche la competenza del Comitato a esaminare i casi-clone.

<sup>89</sup> Il più significativo, volto ad arginare il problema delle condanne per eccessiva durata dei procedimenti, è rappresentato dalla legge n. 89/2001 (c.d. legge Pinto), tuttavia successivamente ritenuta scarsamente effettiva dalla Corte europea (che ha nuovamente proceduto a condannare l'Italia non comprendendo più il rimedio previsto dalla legge medesima tra quelli da esperire previamente in ambito nazionale) in relazione ai ritardi nei pagamenti da parte dello Stato, dovuti essenzialmente all'esiguità delle risorse destinate nelle leggi finanziarie rispetto alla quantità di domande di risarcimento. Sugli altri interventi legislativi "settoriali", cfr. B. RANDAZZO, *Nuovi sviluppi*, cit., 18.

<sup>90</sup> Nella sentenza la Corte costituzionale fonda la propria decisione, quasi un *overruling*, anche osservando la natura più generale della questione (sull'intero art. 630 c.p.p. e non solamente sulla lettera a)) proprio sulla base dello *ius novum* rappresentato dall'entrata in vigore del Protocollo n. 14 e delle relative modifiche all'art. 46 Cedu, oltre che al consolidamento della giurisprudenza della Corte europea volta a richiedere la riapertura del processo penale come *restitutio in integrum* in caso di violazione delle garanzie processuali dell'imputato e alla raccomandazione R(2000)2 del Consiglio d'Europa.

<sup>91</sup> La stessa Corte costituzionale riconosce che l'istituto della revisione è chiamato a riallineare le divergenze tra la "verità processuale" e la "verità storica" per come affiorata successivamente alla formazione del giudicato, piuttosto che a rimediare a vizi della procedura che tradizionalmente sono ritenuti sanati dall'intervento del giudicato.

precedentemente individuato. Ci si riferisce, come noto, agli itinerari ermeneutici estensivo-analogici degli artt. 175 c.p.p., 670 c.p.p. e 625 *bis* c.p.p.<sup>92</sup> i quali, pur «fantasiosi e devastanti sul piano dogmatico», avevano in ogni caso garantito il recepimento delle condanne della Corte europea<sup>93</sup> ma che la Corte costituzionale ha comunque ritenuto di dover superare<sup>94</sup> con un giudizio caratterizzato, tuttavia, da una conclusione che non può ritenersi effettivamente aderente al modello delle “rime obbligate”<sup>95</sup>.

Ma ben oltre il problema dell’esecuzione delle sentenze di condanna ai danni dello Stato italiano, il “successo” della Corte europea si è manifestato soprattutto rispetto a quella sorta di efficacia *erga omnes* delle sue pronunce nel momento in cui la Corte costituzionale, nelle oramai celebri sentenze “gemelle” nn. 348 e 349 del 22 ottobre 2007<sup>96</sup>, ha riconosciuto il rango costituzionale “interposto” non solo della Convenzione – superando così il difficile riferimento alla legge di ratifica e alla sua “forza di resistenza” rispetto alle *leges posteriores*<sup>97</sup> – ma, appunto, anche dell’interpretazione

---

<sup>92</sup> In particolare, la prima vicenda di rilievo era quella che seguiva alla condanna della Corte europea nel caso *Somogyi* e che vedeva la Corte di cassazione riconoscere la possibilità di restituzione nel termine per proporre impugnazione contro una sentenza contumaciale. Sul punto cfr. E. APRILE, *I meccanismi di adeguamento del sistema penale nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 515 ss.. Successivamente, la stessa Corte di cassazione, in relazione allo stesso caso *Dorigo* da cui hanno tratto origine le sentenze della Corte costituzionale sull’art. 630 c.p.p., ammetteva la possibilità di ricorrere in ogni caso all’art. 670 c.p.p. per dichiarare ineseguibile una condanna emessa all’esito di un procedimento nel quale si era verificata una lesione di un diritto fondamentale dell’imputato (non potendo, appunto, ricorrere all’istituto della revisione), in un procedimento in cui, nell’ambito del caso *Sud Fondi*, è stata dichiarata legittimata ad agire anche la Presidenza del Consiglio dei Ministri (cfr. Cass., 11 maggio 2010, n. 23761). Infine, l’ulteriore itinerario percorso dal giudice di legittimità, nel tentativo di garantire una sorta di riapertura del procedimento (e non una vanificazione del titolo esecutivo) si è fondato su di un’interpretazione analogica (alquanto eccentrica) dell’art. 625 *bis* c.p.p. sul ricorso straordinario per errore materiale o di fatto, soluzione adottata inizialmente nel noto caso *Drassich* e poi a seguito della condanna dell’Italia nella sentenza *Scoppola* (v. *infra*, Cap. III, § 2.3). Su questi ultimi profili, in particolare sulle problematiche “categoriali” sollevate dal ricorso all’art. 625 *bis* c.p.p., cfr. M. CAIANIELLO, *Profili critici e ipotesi di sviluppo nell'adeguamento del sistema interno alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 556 ss..

<sup>93</sup> In questo senso, da cui il virgolettato, cfr. da ultimo R. CONTI, *La scala reale della Corte costituzionale sul ruolo della Cedu nell'ordinamento interno*, in *Corr. giuridico*, 2011, 1248 ss., che giudica troppo severe le osservazioni critiche mosse dalla Corte costituzionale agli orientamenti del giudice di legittimità

<sup>94</sup> In particolare, la Corte costituzionale osserva come anche il ricorso all’art. 670 c.p.p. si riveli insufficiente, da un lato perché non elide il giudicato “illegittimo convenzionalmente”, lasciandolo in un “limbo processuale”, dall’altro perché conduce ad una paralizzazione dell’esecuzione della pena che addirittura risulta eccessivamente favorevole per l’imputato, rispetto alla riapertura del procedimento volta a rimediare alla lesione dei suoi diritti. La stessa Corte costituzionale, infatti, specifica che risultano inapplicabili al nuovo procedimento di revisione individuato tutte quelle disposizioni incentrate sulla “prognosi assolutoria”.

<sup>95</sup> Sul punto, cfr. le considerazioni critiche di R. CONTI, *La scala reale*, cit., 1254 ss.. In ogni caso, è la stessa Corte costituzionale ad auspicare un intervento legislativo chiarendo che nella sentenza non deve rinvenirsi una pregiudiziale opzione a favore dell’istituto della revisione.

<sup>96</sup> Le sentenze prendevano posizione, in particolare, sulla legittimità delle disposizioni di legge volte a fissare i criteri di indennizzo per le ipotesi di occupazione acquisitiva e di esproprio, da tempo sospette di contrasto con l’art. 42 Cost. ma anche storicamente censurate dalla giurisprudenza della Corte europea ex art. 1 Prot. n. 1 Cedu, come ricorda, a margine delle sentenze, A. GUZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, in *Giur. cost.*, 2007, 3574 s.

<sup>97</sup> Per escludere la possibilità di abrogazione o di deroga ad opera di una legge successiva a quella di ratifica, infatti, era stata richiamata dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 10/1993, una “forza di resistenza” rispetto alle fonti posteriori, talvolta riconosciuta dalla dottrina costituzionalistica, ad esempio, all’esito di un referendum abrogativo, il

“qualificata” che ne viene data dai giudici di Strasburgo; quest’ultima precisazione, in effetti, assume fondamentale importanza proprio alla luce di quanto si è testé osservato sul ruolo della Corte nell’interpretazione e sviluppo delle disposizioni convenzionali<sup>98</sup>. Come noto, il parametro cui si riferisce la Corte costituzionale è quello dell’art. 117, 1° c., Cost. – il quale (nel testo riformato nel 2001 dalla riscrittura del Titolo V della Costituzione) prevede che la potestà legislativa è esercitata nel rispetto «dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» – laddove, invece, persiste un fermo rifiuto delle ricostruzioni dottrinali fondate sugli artt. 10 e 11 Cost. che conduce la Corte ad escludere con fermezza la possibilità di disapplicazione diretta da parte dei giudici ordinari della legge interna contrastante con i canoni convenzionali. Viene negata, in altri termini, ogni equiparazione rispetto all’incidenza del diritto dell’Unione europea, la cui efficacia diretta veniva infine ricondotta nella sentenza n. 170/1984 a quelle “limitazioni alla sovranità” espressamente consentite dall’art. 11 Cost.<sup>99</sup>.

In effetti, accanto al problema della disapplicazione diretta, come è stato autorevolmente osservato<sup>100</sup>, le ragioni dell’opzione per un itinerario argomentativo incardinato sull’art. 117 Cost. paiono doversi individuare anche nella capacità della norma – a differenza degli artt. 10 e 11 Cost. (ma anche, ad esempio, della ricostruzione fondata sulla natura “aperta” della clausola dell’art. 2 Cost.<sup>101</sup>) – di consentire l’elaborazione di un modello incentrato sull’idea di parametro c.d.

---

cui esito non potrebbe essere tradito dal Parlamento attraverso un intervento legislativo successivo. Sul punto e sulla fragilità, nonché scarso rispetto da parte della stessa Corte costituzionale, di tale impostazione, cfr. V. ZAGREBELSKY, *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, 359, e F. ANGELINI, *L'incidenza della Cedu*, cit., 495 ss.. Sullo stato del dibattito alla vigilia delle sentenze gemelle, cfr. anche B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in N. Zanon, a cura di, Aa. Vv., *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Esi, Napoli, 2006, 319 ss.. La Corte, nelle sentenze del 2007, nell’affermare la “maggiore forza di resistenza” delle norme Cedu rispetto alle leggi ordinarie successive, si cura di fondare tale soluzione su di una precisa architettura costituzionale, escludendo che tale fenomeno sia spiegabile sul piano della successione delle fonti nel tempo.

<sup>98</sup> Come sottolinea la Corte costituzionale, dall’art. 32, § 1, Cedu deriva l’obbligo internazionale «di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad essere interpretazione e applicazione» (§ 4.6 della sentenza n. 348/2007); non si tratta, in altri termini, di una semplice doverosa considerazione della giurisprudenza di Strasburgo, quanto di una specifica attribuzione a quest’ultima del medesimo carattere vincolante che ha il testo della Convenzione. Tale aspetto risulta, in effetti, già valorizzato in sede di primo commento da D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quad. cost.*, 2008, 135; V. SCARABBA, *Nuovi punti fermi*, cit., 3585; F. ANGELINI, *L'incidenza della Cedu*, cit., 507 s..

<sup>99</sup> Veniva recepita la posizione formulata dalla Corte di Giustizia nella pronuncia *Simmenthal* del 1978 proprio a seguito della reciproca accettazione da parte dei giudici di Lussemburgo di offrire una “protezione equivalente” dei diritti fondamentali nei diritti comunitario (v. *supra*, § 2.2).

<sup>100</sup> Cfr. M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3568 e ID., *L'universalità dei diritti*, cit., 541.

<sup>101</sup> È il noto argomento che risale allo scritto di A. BARBERA, *Art. 2*, in G. Branca, a cura di, *Commentario alla Costituzione*, I, Zanichelli, Bologna, 1975, 50 ss.. Come nota M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle"*, cit., 3569, proprio la Convenzione europea (ma soprattutto la giurisprudenza di Strasburgo) si potrebbe astrattamente configurare come rimedio per risolvere il principale inconveniente di quella teorizzazione, ossia la necessità di riferirsi ad un ancoraggio diverso dal quello costituzionale nell’individuazione di nuovi diritti, con il problema, tuttavia, di trasferire solamente il rischio di attivismo giudiziale dalla prospettiva interna a quella europea. Sul punto, non si può che richiamare i termini della discussione sull’interpretazione evolutiva della Corte europea segnalati *supra*, § 2.1.

“interposto” e di subordinare, conseguentemente, l’ingresso dei parametri convenzionali nell’ordinamento italiano all’osservanza dei “contro-limiti” rappresentati dalle disposizioni costituzionali<sup>102</sup>. La dottrina dei contro-limiti, a ben vedere, permette alla Corte di costituzionale di riaffermare il proprio ruolo di “arbitro” del bilanciamento tra indicazioni sovranazionali ed interessi costituzionali<sup>103</sup> e rappresenta essenzialmente l’immagine riflessa del margine di apprezzamento nazionale. In effetti, se è inverosimile l’ipotesi di regole convenzionalmente necessarie ma costituzionalmente incompatibili (o viceversa), la vera questione centrale nell’armonizzazione dei sistemi concerne soprattutto l’eventualità di un differente bilanciamento “quantitativo” tra principi contrapposti come dimostrano, dopotutto, proprio le eccezioni che sfociavano nelle sentenze “gemelle”<sup>104</sup>.

Si consideri, peraltro, che la stessa problematica si riflette sull’altro metodo di adattamento dell’ordinamento nazionale alle indicazioni sovranazionali, ossia quello dell’interpretazione conforme. Si tratta di una possibilità riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale nelle sentenze del 2007 – coerentemente con la ricorrente affermazione secondo cui, anche in ambito interno, la questione di legittimità costituzionale è sollevata solo ove sia impossibile un’interpretazione costituzionale, non essendo sufficiente che se ne presenti una incostituzionale – ma che, talvolta, può rivelarsi solo apparentemente meno conflittuale. Non si tratta, a ben vedere, esclusivamente di un problema di nitidezza della distinzione con la tecnica della disapplicazione ovvero di individuazione delle ipotesi in cui l’interpretazione ortopedica analogica, in virtù della natura eccezionale della regola che si vorrebbe applicare, non è consentita<sup>105</sup>, quanto piuttosto di riconoscere che, anche in questa sede, possono palesarsi, in chiave assiologica, contrasti tra obbligo di interpretazione costituzionalmente conforme ed interpretazione convenzionalmente conforme e, quindi, di “doppia” fedeltà del giudice ordinario alle due Corti<sup>106</sup>. In questi casi, in effetti, si potrebbe ipotizzare comunque un intervento della Corte costituzionale volto a risolvere il conflitto

---

<sup>102</sup> Sul punto, come noto, si registra un’ulteriore discrasia rispetto alla natura del diritto dell’Unione europea, i cui contro-limiti sono rappresentati, essendo il suo rango fondato sull’art. 11 Cost., solo sui “principi supremi dell’ordinamento costituzionale italiano”, solitamente individuati negli artt. 1-12 Cost..

<sup>103</sup> In senso favorevole rispetto alla scelta della Corte costituzionale, cfr. M. CARTABIA, *Le sentenze “gemelle”*, cit., 3571.

<sup>104</sup> Nelle quali, infatti, la giurisprudenza della Corte europea ha soprattutto consentito alla Corte costituzionale, che proprio si riferisce ai limiti del “margine di apprezzamento” individuabili nella giurisprudenza di Strasburgo sull’art. 1 Prot. n. 1 Cedu, di superare il precedente orientamento in termini di bilanciamento delle esigenze poste alla base dell’art. 42 Cost., come nota A. GUZZAROTTI, *La Corte e la CEDU*, cit., 3578 s..

<sup>105</sup> Su entrambi i profili, cfr. da ultimo F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l’interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in P. Corso-E. Zanetti, a cura di, *Studi in onore di Mario Pisani - II - Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, Celt, Padova, 2010, 649 ss..

<sup>106</sup> Cfr. ancora F. VIGANÒ, *Il giudice penale*, cit., 664, che nota come anche sul metodo dell’interpretazione conforme si riverberi inesorabilmente la natura “interposta” accordata alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, così da configurare un limite assiologico all’interpretazione conforme le cui possibilità di venire in rilievo sarebbero tuttavia, secondo l’Autore, decisamente remote. Nello stesso senso, v. anche B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte*, cit., 316.

tra una legge, così come interpretata nel diritto “vivente”, ed i parametri costituzionali, secondo un itinerario già percorso dal *Bundesverfassungsgericht*<sup>107</sup>.

Peraltro, tanto rispetto alla tenuta dei cc.dd. contro-limiti, quanto rispetto ai margini per una disapplicazione diretta della legge ritenuta non conforme agli *standard* convenzionali, occorre infine valutare l’impatto della sopravvenuta adesione dell’Unione europea alla Convenzione.

### **3.3. (segue)... Le conseguenze dell’adesione dell’Unione europea alla Convenzione ed i recenti interventi della Corte costituzionale.**

Tra le novità introdotte dal Trattato di Lisbona, come noto, vi è l’adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (prevista dall’attuale art. 6 TUE) la quale giunge a conclusione di un *iter* reso complesso, soprattutto, dal parere con cui la Corte di Giustizia, sollecitata dalla Commissione europea, aveva ritenuto necessaria una modifica dei trattati istitutivi<sup>108</sup>. Le conseguenze dell’adesione toccano diverse questioni, tanto sul piano sovranazionale dei rapporti tra i due sistemi convenzionale e comunitario, quanto su quello interno circa il problema, appunto, dell’efficacia della giurisprudenza di Strasburgo una volta “comunitarizzata”.

Anzitutto, una prima evidente ricaduta concerne la possibilità per la Corte europea di sindacare la legittimità convenzionale degli atti comunitari. Infatti, già con l’art. 6 del Trattato di Maastricht e con la Carta di Nizza e le sue c.d. “clausole orizzontali”<sup>109</sup> si era assistito ad una “positivizzazione” di quel riferimento alla Convenzione europea che aveva caratterizzato la prima elaborazione di una tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia (v. *supra*, § 2.2); è significativo notare, tuttavia, come solo con l’adesione alla Convenzione (e al suo sistema giurisdizionale) emerga un vincolo alla stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>110</sup> e la sottoposizione al controllo di quest’ultima. Peraltro, una forma embrionale di sindacato sugli atti comunitari si era affacciata nella giurisprudenza di Strasburgo già nelle pronunce nelle quali la Corte si era

<sup>107</sup> Sulla sentenza del 14 ottobre 2004, cfr. B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte*, cit., 316 s..

<sup>108</sup> Sul parere del 28 marzo 1996, cfr. le osservazioni critiche di L.M. DIEZ PICAZO, *Le relazioni tra U.E. e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in S.P. Panunzio, a cura di, *I Diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005, 272 ss., che discute l’argomento fondamentale della Corte di giustizia circa la necessità di un’attribuzione di competenza espressa in materia di diritti fondamentali e l’impossibilità, eventualmente, di rinvenirla sulla base del vecchio art. 177 TCE.

<sup>109</sup> Cfr., sul punto, V. SCIARABBA, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte: le “clausole orizzontali” della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in N. Zanon, a cura di, *Le corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Esi, Napoli, 2006, 389 ss..

<sup>110</sup> Negli artt. 52 e 53 della Carta di Nizza è evidente l’intento di contemperare gli interessi di tutela dei diritti fondamentali con le finalità e i principi propri dell’ordinamento comunitario, pur garantendo una portata minima dei primi (in questo senso il terzo comma dell’art. 52 si configura come limite alle previsioni dei primi due). Quello che manca in entrambi gli articoli è, in effetti, un rinvio specifico anche alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a conferma della costante assenza di coordinamento tra i due sistemi. D’altra parte è evidente che, laddove una garanzia prevista dalla Carta trovasse una corrispondente previsione nella Convenzione, la Corte di giustizia dovrebbe tener conto delle decisioni della Corte europea (il fenomeno, come segnalato, è risalente anche alla fase antecedente l’approvazione del testo): il mero rinvio testuale, nel momento in cui la Carta di Nizza ripropone un catalogo dai contenuti simili, risulterebbe altrimenti svuotato di ogni significato.

riconosciuta competente a giudicare normative nazionali adottate in attuazione del diritto comunitario pur focalizzando, tuttavia, il giudizio non tanto sulla violazione concreta quanto sulla generale conformità del diritto dell'Unione con i diritti fondamentali attraverso di fatto riproponendo, discutibilmente, il criterio della "protezione equivalente"<sup>111</sup>. Più prudente, invece, risultava l'atteggiamento assunto dai giudici di Strasburgo rispetto a quei ricorsi nei quali l'incompatibilità dell'atto comunitario con la CEDU era stata rilevata a prescindere da una trasposizione interna, facendo valere la responsabilità di tutti gli Stati membri dell'Unione in quanto parti anche della Convenzione<sup>112</sup>. L'adesione dell'Unione alla CEDU dovrebbe verosimilmente permettere alla Corte di abbandonare tale *restraint* e, quindi, di superare le perplessità legate al richiamo del concetto di "protezione equivalente"; d'altra parte, occorre segnalare che comunque regna ancora incertezza sui modi di concreta attuazione di tale "nuova" tipologia di controllo, essenzialmente dovuta alla peculiarità dei soggetti coinvolti<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Un primo segnale in questo senso si poteva rinvenire, proprio in tema di art. 7 Cedu, nella sentenza *Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, nella quale la Corte procedeva a valutare la precisione di un elemento normativo richiamato da una norma penale ancorché formulato in perfetta trasposizione di una direttiva comunitaria (sul punto, si avrà modo di tornare *infra*, Cap. III, § 2.2). Un'ulteriore occasione di confronto si presentava nella sentenza *Mathews c. Regno Unito*, 18 febbraio 1999, che traeva origine dal ricorso contro la legge britannica che non includeva i cittadini di Gibilterra tra i titolari del diritto di voto nelle elezioni del Parlamento Europeo e nella quale veniva riconosciuta la violazione dell'art. 3 Prot. n. 1 Cedu, nonostante la legge si limitasse ad attuare la decisione del Consiglio del 20 settembre 1976 con la quale era stato approvato l'Atto relativo all'elezione dei rappresentanti nel Parlamento europeo. La tappa più significativa, tuttavia, era rappresentata senza dubbio dalla nota sentenza *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, 20 giugno 2005, in cui la Corte si spingeva sino a valutare la legittimità dell'attuazione da parte dello Stato irlandese agli obblighi comunitari e, pertanto, la stessa legittimità convenzionale in astratto del diritto dell'Unione europea, adottando proprio quel canone di "protezione equivalente" formulato dal *Bundesverfassungsgericht* nelle sentenze *Solange* (v. *supra*, 2.2) piuttosto che un giudizio focalizzato sul caso concreto. Sul punto, tra tutti, cfr. le critiche di C. SOTIS, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 131 ss.

<sup>112</sup> Si tratta delle pronunce *Segi e a. c. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia e Regno Unito*, 23 marzo 2002, e *Senator Lines GmbH c. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia e Regno Unito*, 10 marzo 2004. Nel primo caso, in particolare veniva contestata l'inclusione di una determinata organizzazione nella lista di quelle considerate terroristiche dall'Unione europea, mentre nel secondo si chiedeva che la non concessione di una misura cautelare, nell'ambito dell'impugnazione di una sanzione per violazione delle norme comunitarie sulla concorrenza, venisse ritenuta integrante violazione dell'art. 6 CEDU sull'equo processo. La Corte risolveva entrambe le questioni con pronunce di carattere processuale che, anche in relazione alla "sospetta" lentezza nell'esame dei ricorsi, può essere compreso proprio tenendo conto delle coeve vicende di approvazione della Carta di Nizza e di adesione dell'Unione alla CEDU da L. M. DIEZ PICAZO, *Le relazioni*, cit., 283 ss..

<sup>113</sup> Si pensi solo al meccanismo di elezione da parte dell'Unione di un giudice della Corte, che inevitabilmente verrebbe ad aggiungersi per nazionalità ad uno dei giudici eletti dagli Stati membri, oppure all'effettiva possibilità di citare l'Unione europea, nel momento in cui anche l'applicazione di un regolamento, da cui nasce la violazione concreta del diritto fondamentale senza mediazioni di atti normativi nazionali, comunque avviene ad opera di un giudice interno. In proposito, si segnala che il 17 marzo 2010, la Commissione ha proposto delle direttive di negoziato in vista dell'adesione dell'UE alla CEDU (IP/10/291) e, il 4 giugno 2010, i Ministri della Giustizia dell'UE hanno dato alla Commissione il mandato di condurre i negoziati a loro nome. Infine, il 26 maggio 2010, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha conferito un mandato *ad hoc* al suo Comitato direttivo per i Diritti dell'Uomo per elaborare con l'Unione europea lo strumento giuridico richiesto in vista dell'adesione alla Convenzione.

Rimane l'impressione di fondo, in effetti, che all'esito di tale processo sarà la Corte europea a collocarsi in una posizione sovraordinata, se non altro, per la sua capacità di dire l'"ultima parola" con il rischio di rendere la tutela offerta dalla Corte di giustizia nient'altro che una sorta di "rimedio interno" da esaurire previamente (al pari del *recurso de amparo* attivabile davanti a taluni tribunali costituzionali), pur tenendo ovviamente conto delle peculiarità di ciascuno dei due sistemi di tutela che, in certi casi, rende quello di matrice comunitaria maggiormente efficace<sup>114</sup>. In tal senso, di fronte all'ulteriore eventualità di un "doppio *standard*" di tutela<sup>115</sup> – e ad un'ulteriore conseguente problema di "doppia fedeltà" per il giudice interno rispetto alla valutazione degli atti nazionali attuativi del diritto comunitario<sup>116</sup> – sembra che sia la prospettiva di Strasburgo quella destinata a prevalere. In quest'ottica, peraltro, possono essere lette determinate "accelerazioni" della Corte europea, in quanto volte a "recuperare" una distanza che si era venuta a creare rispetto agli *standard* della Corte di giustizia, sintomatiche di un'aspirazione al ruolo di principale Corte dei diritti del vecchio continente (tra tutte, si consideri la vicenda "penalistica" del riconoscimento del valore fondamentale del diritto alla *lex mitior*, su cui *infra*, Cap. III, § 2.3).

Quanto all'incidenza dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione rispetto alla questione, esaminata nel paragrafo precedente, relativa alla "collocazione" della giurisprudenza di Strasburgo nella scala delle fonti nell'ordinamento italiano, si deve riconoscere che la progressiva integrazione dei sistemi comunitario e convenzionale appare dar forza all'opinione di quanti in dottrina ritengono che il rango "interposto" accordato alla giurisprudenza Cedu sia eccessivamente "riduttivo" e ne auspicano un superamento, tenendo anche conto del fatto che, nella materia dei diritti fondamentali e nell'istituzionalizzazione che caratterizza il sistema convenzionale (a maggior ragione, appunto, dopo l'adesione dell'Unione europea), potrebbe effettivamente ravvisarsi una cessione di sovranità da parte dello Stato rilevante ai sensi dell'art. 11 Cost.<sup>117</sup>. In questo senso, si è

---

<sup>114</sup> La Corte di giustizia, infatti, pur avendo devoluzione limitata all'ambito delle materie attribuite dai trattati e ad atti che riguardano "direttamente e individualmente" i ricorrenti, ha il potere di pronunciare sentenze alle quali viene comunemente riconosciuta efficacia diretta e che, pertanto, giustificano la disapplicazione diretta del diritto nazionale.

<sup>115</sup> Un "doppio *standard*" si può già registrare in diversi ambiti, come osserva, in particolare, S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S.P. Panunzio, a cura di, *I Diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005, 44 ss., ed è specificamente registrabile in materia penale anche solo procedendo ad un confronto tra la Carta di Nizza e la Convenzione europea (sul punto, cfr. A. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali*, cit., 147 ss.).

<sup>116</sup> Cfr. ancora S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali*, cit., 70, e V. MANES, *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti*, in F. Sgubbi-V. Manes, a cura di, *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bup, Bologna, 2007, 30, il quale nota come il giudice interno sia da un lato sempre più "attratto" dalla giurisdizione comunitaria e, dall'altro, sempre più "vincolato" a quella della Corte europea.

<sup>117</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti*, cit., 449 ss. ed in particolare 452 ss., il quale, dopo aver osservato come sia insoddisfacente la teoria del parametro interposto e del contro-limite costituzionale, ipotizza proprio il diritto comunitario come veicolo per un superamento della stessa. In senso analogo, con varietà di accenti, V. ZAGREBELSKY, *Corte, Convenzione*, cit., 364, pur sottolineando il problema dell'applicabilità diretta, sul quale si tornerà a breve, e F. ANGELINI, *L'incidenza della Cedu*, cit., 499, che sottolinea talune aperture già nella sentenza n. 349/2007 rispetto ad

altresì osservato che la teoria dei contro-limiti, piuttosto che “difensiva”, potrebbe consentire un ampio recepimento degli apprezzamenti dalla Corte di Strasburgo, ancorché in contrasto con i bilanciamenti individuati dalla Corte costituzionale<sup>118</sup>, i quali, inoltre, potrebbero ritenersi immediatamente applicabili *ex art. 11 Cost.* qualora la stessa Corte di giustizia li facesse propri.

In tale prospettiva, in effetti, troverebbe conferma la progressiva erosione del margine di apprezzamento nazionale (sempre più ricostruito in ambito sovranazionale non come prerogativa statale originaria, bensì come concessione o delega temporanea<sup>119</sup>) «*hand in hand*» con lo sviluppo delle garanzie individuali posto in essere dalla Corte europea<sup>120</sup>. In questo senso, peraltro, già si erano orientate quelle sentenze nelle quali la Corte europea si era spinta sino a valutare la conformità a Convenzione di norme costituzionali interne o dell’operato dei tribunali costituzionali in sede di *recurso de amparo*<sup>121</sup>. Il superamento degli argini imposti dalla teoria dei contro-limiti costituzionali, d’altra parte, viene invocato da parte di taluni settori della dottrina penalistica, non solo in riferimento al diritto comunitario<sup>122</sup>, ma anche rispetto all’ordinamento Cedu, sottolineando la necessità di superare atteggiamenti “conservatori” imperniati sul concetto di margine di apprezzamento facendo semmai filtrare nella stessa giurisprudenza di Strasburgo i contro-interessi che giustificano determinati bilanciamenti in ambito interno<sup>123</sup>. Anche in tale prospettiva, pertanto, si dovrebbe considerare come talune derive giurisprudenziali di Strasburgo sollevino perplessità alla luce di profondi problemi istituzionali di attribuzione e di democraticità della decisione che hanno una dimensione tutt’altro che meramente domestica e che, quindi, persistono a prescindere dallo spessore dei contro-limiti (ad esempio, nel caso degli obblighi di tutela penale, su cui v. *infra*, § 4.1).

Rispetto a quanto testé osservato, peraltro, considerazione autonoma sembra meritare il problema della diretta applicabilità degli *standard* di Strasburgo – sia che essa comporti una contestuale

---

una considerazione del sistema convenzionale ad un livello sopraelevato rispetto alle altre fonti internazionali, pur riconducendolo ad una natura formale “interposta”.

<sup>118</sup> Cfr. ancora A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti*, cit., 459 ss..

<sup>119</sup> Cfr. J. CALLEWAERT, *Quel avenir pour la marge d'appréciation?*, cit., 154, che ricorda i termini del giudice Martens alla luce di una considerazione dei rapporti tra preambolo della Convenzione e artt. 19 e 32 sul ruolo della Corte.

<sup>120</sup> Nei noti termini della pronuncia *Hanyside c. Regno Unito*, cit..

<sup>121</sup> Cfr., rispettivamente, le sentenze *Open Door e Dublin well woman c. Irlanda*, 29 ottobre 1992, e *Ruiz-Mateos c. Spagna*, 23 giugno 1993, sulle quali si sofferma D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale*, cit., 136.

<sup>122</sup> Sul punto, meritano particolare menzione le considerazioni svolte da Joachim Vogel nella relazione *Limiti convenzionali e costituzionali delle competenze penali europee* al recente Convegno organizzato all’Università di Verona il 16 e 17 settembre 2011, dal titolo “*Limiti convenzionali e costituzionali del diritto penale europeo dopo il Trattato di Lisbona*”, tese a dimostrare come non sia praticabile la via dell’opposizione di contro-limiti nazionali (se non attraverso l’istituto del c.d. “freno di emergenza” previsto dall’art. 83 TUE) al diritto penale europeo potendo, semmai, trovare applicazione gli stessi principi limitativi fatti proprio dalla Corte di giustizia.

<sup>123</sup> In questo senso, a commento della sentenza della Corte costituzionale n. 236/2010 con la quale il giudice delle leggi era chiamato a recepire il riconoscimento come diritto fondamentale della *lex mitior* nel caso *Scoppola c. Italia* (v. *infra*, Cap. III, § 2.3), cfr. le considerazioni critiche di F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2011, 20 ss..

disapplicazione del diritto interno, sia che ne derivi il riempimento di una lacuna legislativa nei casi in cui è impossibile l'interpretazione analogica<sup>124</sup> – che, invece, frequentemente viene inopportuno sovrapposto alla questione del valore cogente delle indicazioni di Strasburgo. Già all'indomani della sentenze “gemelle” del 2007, infatti, si poteva registrare la posizione critica di quanti individuavano nella conclusione fatta propria dalla Corte costituzionale nient'altro che un momento di assestamento “temporaneo”, o di “passaggio”, rispetto ad una ritenuta doverosa equiparazione sul piano dell'efficacia diretta del diritto convenzionale a quello comunitario, individuando proprio nell'imminente adesione dell'Unione europea la chiave per l'adozione di tale soluzione<sup>125</sup>. Si tratta, invero, di una posizione che si è affacciata nella stessa giurisprudenza in alcune pronunce delle giurisdizioni amministrative<sup>126</sup> e verso la quale tende un certo utilizzo “disinvolto” dell'interpretazione conforme che caratterizza un recente orientamento delle Sezioni Unite penali<sup>127</sup>. Ora, pare che a fondamento della soluzione dell'impossibilità di ogni disapplicazione diretta vi siano ragioni che guardano essenzialmente alla tipologia (piuttosto che al rango) del parametro sovraordinato che si intende fare valere e che sembrano giustificare l'atteggiamento “conservatore” della Corte costituzionale il quale risulterebbe opportuno anche qualora si dovesse giungere ad un progressivo slittamento dei contro-limiti sul piano dei soli “principi supremi dell'ordinamento” (come, appunto, avviene rispetto al diritto comunitario). In effetti, un sindacato “diffuso” di compatibilità convenzionale richiederebbe una maggiore

---

<sup>124</sup> Il che si risolve, infatti, essenzialmente in una disapplicazione di un vuoto normativo volontariamente lasciato dal legislatore, poiché qualora tale lacuna fosse colmabile dall'estensione di una disposizione non eccezionale allora si sarebbe ancora nel campo dell'interpretazione analogica consentita. Proprio tale complessa problematica, nella quale vengono a sfumare i confini tra applicazione diretta e interpretazione conforme – come osservato da A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti*, cit., 456 – caratterizza il ragionamento delle Sezioni Unite penali in una recentissima pronuncia di cui si dirà a breve.

<sup>125</sup> In questo senso, cfr. A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti*, cit., 443 ss., che inquadra le sentenze “gemelle” del 2007 come una fase “di passaggio” non solo sul piano del rango costituzionale, ma anche in relazione al metodo di allineamento, nel senso dell'applicabilità diretta della Convenzione, ancorché si sottolinei come la via più proficua sia quella della estrema valorizzazione dell'interpretazione conforme, in modo da elidere in chiave ermeneutica i contrasti tra ordinamenti (aderendo comunque alla dimensione sovranazionale dei principi), piuttosto che l'accentuazione del conflitto tra ordinamenti ed il ricorso alla disapplicazione del diritto interno. Nella medesima direzione, di recente, cfr. le considerazioni di R. CONTI, *La scala reale*, cit., 1263 ss..

<sup>126</sup> Cfr., in particolare, all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, Cons. Stato, 19 gennaio 2010, *Comune di Merano c. Tirelli Massimiliano e altri*, dove si afferma la necessità di «fare applicazione dei principi della effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall'art. 24 della Costituzione e dagli artt. 6 e 13 della CEDU, divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009», in continuità con alcune conclusioni già affiorate nella giurisprudenza amministrativa sulle quali, in chiave critica, cfr. S. VALAGUZZA, *Alcune perplessità sul richiamo ai principi di diritto amministrativo europeo e, in particolare, alla Cedu, nella recente giurisprudenza amministrativa: la mancata ricognizione dei significati*, in *Dir. proc. amm.*, 2009.

<sup>127</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 14 luglio 2011, n. 27918, che, in tema di rilevanza delle dichiarazioni rese da un testimone fuori dal dibattimento, ha riconosciuto che l'art. 6 Cedu integra «una norma specifica e dettagliata, una vera e propria regola di diritto», cosicché «non vi sono ostacoli alla sua immediata operatività ed alla sua diretta applicabilità da parte del giudice italiano», pur tentando poi di riallacciarsi al metodo dell'interpretazione conforme, allorché appare delinearsi, invece, una vera applicazione diretta della normativa convenzionale rispetto ad un vuoto legislativo incolmabile mediante interpretazione analogica, per non venire a creare una nuova frattura con la giurisprudenza costituzionale, come osserva R. CONTI, *La scala reale*, cit., 1264.

confidenza del giudice interno con il metodo casistico (fondato sulla concretezza del precedente, v. *supra*, § 2.3) che caratterizza la giurisprudenza di Strasburgo<sup>128</sup>, a fronte del rischio di veri e propri “conflitti” tra giudici circa l’applicabilità o meno di leggi nazionali.

In altri termini, ciò che giustifica l’efficacia diretta del diritto comunitario non è tanto (o non è solo) il rango accordatogli in base alla teoria della cessione di sovranità di cui all’art. 11 Cost., quanto piuttosto la sua natura “regolamentare”, scritta e sufficientemente precisa e dettagliata (che, non a caso, è condizione del riconoscimento dell’applicabilità diretta delle direttive dopo la scadenza del termine per la loro attuazione), assistita peraltro dal fondamentale istituto del rinvio pregiudiziale interpretativo con il quale, di fatto, il giudice interno può interrogare la Corte di giustizia circa l’effettiva necessità della disapplicazione dell’atto interno. Entrambe le caratteristiche mancano, evidentemente, al sistema convenzionale<sup>129</sup> nel quale sembra riproporsi quella “sfaldatura” tra i piani della precettività della norma e della sua diretta applicabilità che veniva già chiaramente illustrata dalla Corte costituzionale nella prima storica sentenza n. 1/1956<sup>130</sup>. In buona sostanza, anche se si dovesse in futuro giungere a riconoscere un rango “pienamente” costituzionale alle indicazioni di Strasburgo, non paiono sussistere le condizioni per un’emarginazione della Corte costituzionale dal ruolo che tradizionalmente le spetta nel sindacato in ordine al contrasto tra leggi e principi fondamentali dell’ordinamento<sup>131</sup>. Così, la soluzione apparentemente “conservatrice” (o “inattuale” a fronte del rapido incedere dell’integrazione tra sistemi) che esclude la diretta disapplicabilità della giurisprudenza Cedu<sup>132</sup> sembra dover essere salutata con favore. Eventualmente, proprio per le ragioni illustrate, si potrebbe aprire a differente conclusione in presenza di un orientamento della Corte europea nel quale venisse chiaramente individuato un difetto strutturale dell’ordinamento italiano (ad esempio, attraverso la procedura della sentenza c.d. “pilota”), oppure a seguito di un intervento interpretativo in fase esecutiva (possibilità introdotta, come segnalato, dal Protocollo n. 14) che indicasse come “responsabile” della violazione la stessa legislazione nazionale<sup>133</sup>, in ipotesi nelle quali si rivelerebbe sufficiente la mera disapplicazione della norma censurata senza necessità di colmare il vuoto venutosi a creare mediante interventi ermeneutici “creativi” (limite, quest’ultimo, con cui peraltro deve confrontarsi

---

<sup>128</sup> Sottolineano tale profilo critico M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle"*, cit., 3566, e V. ZAGREBELSKY, *Corte, Convenzione europea*, cit., 365.

<sup>129</sup> Evidenzia, in particolare, l’importanza dell’assenza dell’istituto del rinvio pregiudiziale a sostegno dell’esclusione della diretta applicabilità M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle"*, cit., 3573.

<sup>130</sup> Sul punto, cfr. le puntuali osservazioni di B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte europea*, cit., 327.

<sup>131</sup> Non si possono che condividere, pertanto, le osservazioni di M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle"*, cit., 3568 ss.

<sup>132</sup> A seguito delle sentenze del 2007, tale posizione è stata ribadita inizialmente nelle seconde sentenze “gemelle” nn. 316 e 317 del 2009 e successivamente, a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in modo articolato e con estrema fermezza nella sentenza n. 80/2011 (in particolare, v. §§ 5 e ss. delle considerazioni in diritto), la cui impostazione risulta infine confermata, da ultimo, nella sentenza n. 236/2011.

<sup>133</sup> Riconosce l’importante significato di tale novità, in particolare, F. SALERNO, *Le modifiche strutturali*, cit., 395.

la stessa Corte costituzionale se solo si considerano le esitazioni in materia di revisione segnalate *supra*, § 3.2).

#### **4. L'incidenza della giurisprudenza della Corte europea sull'ordinamento penale.**

##### **4.1. I diritti dell'uomo come "scudo" e "spada" rispetto al diritto penale.**

Del ruolo sempre più incisivo delle pronunce di Strasburgo rispetto alla materia penale risulta oramai ben consapevole la dottrina (e, più di recente, anche la giurisprudenza) italiana che ne ha osservato i diversi momenti di incidenza sulla parte generale e sulla parte speciale<sup>134</sup>. Si tratta di un orizzonte piuttosto vasto del quale, in questa sede, non ci si può che limitare a tratteggiare in estrema sintesi i contorni al fine di definire le coordinate all'interno delle quali si intenderà svolgere nel prosieguo uno studio specificamente dedicato alla dimensione "convenzionale" del principio di legalità penale.

In primo luogo, evidentemente, viene in rilievo il tradizionale ruolo dei diritti dell'uomo come "scudo" nella relazione tra individuo e autorità, ossia la loro fondamentale funzione di limite all'intervento punitivo dello Stato. Accanto ad alcune indicazioni che concernono essenzialmente le condizioni di esecuzione della pena detentiva ed il divieto di pena di morte<sup>135</sup>, si può osservare come la relazione tra Convenzione europea e diritto penale sostanziale si articoli su due direttrici principali. Anzitutto, infatti, si delinea un limite contenutistico alle scelte di incriminazione, nel momento in cui lo strumento criminale – al pari di ogni altra tipologia di intervento pubblico – non può incidere negativamente sull'esercizio dei diritti fondamentali, a meno che l'ingerenza non sia prevista dalla legge, avente uno scopo legittimo e necessaria in una società democratica: è questa, in

---

<sup>134</sup> Il primo approfondimento, come noto, si deve alla pionieristica opera monografica di M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1969. In epoca recente, anche sulla scorta delle sentenze della Corte costituzionale del 2007, si sono moltiplicati gli studi sulla tematica. In questa sede, sia sufficiente ricordare E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006, *passim*; F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 42 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, Giappichelli, Torino, 2008, *passim*; nonché, da ultimo, i contributi raccolti in V. MANES-V. ZAGREBELSKY, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011. Si possono segnalare, ancora i monitoraggi articolo per articolo della giurisprudenza della Corte europea del triennio 2008-2010 pubblicati in *Rivista trimestrale diritto penale contemporaneo*, n. 1/2011, 194 ss.. Nella letteratura straniera, si vedano A. DONATSCH-M. FORSTER-C. SCHWARZENEGGER, a cura di, *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*, Schulthess, Zürich, 2002; B. EMMERSON-A. ASHWORTH-A. MACDONALD, *Human rights and criminal justice*, Sweet and Maxwell, London, 2007; H. SATZGER, *Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Straf- und Strafprozessrecht - Grundlagen und wichtige Einzelprobleme*, in *Jura*, 2009, 759.

<sup>135</sup> In particolare, oltre al divieto di lavori forzati di cui all'art. 4 Cedu, fondamentale rilevanza assume la giurisprudenza della Corte europea relativa art. 3 Cedu, in cui, muovendo dalle basilari esigenze di umanità della pena detentiva, viene dedotta una serie di indicazioni normative anche piuttosto specifiche e dettagliate, rispetto alle quali non sono mancati sguardi critici di quanti lamentano una prassi censoria eccessivamente "generosa" da parte della Corte; si pensi, in proposito, all'opinione dissenziente del giudice Zagrebelsky nella sentenza *Sulejmanovic c. Italia*, 16 luglio 2009, in tema di sovraffollamento carcerario.

particolare, la struttura fondamentale degli artt. 8 e ss. Cedu. Tale limite “negativo” non rappresenta certamente una novità per i sistemi penali, chiamati da tempo a confrontarsi con i diritti garantiti dai testi costituzionali, ma occorre sottolineare che il giudizio della Corte può condurre ad apprezzamenti del tutto divergenti rispetto agli equilibri individuati negli ordinamenti interni – in particolare, con riguardo al profilo della necessità dell’ingerenza in una società democratica (ossia della proporzione)<sup>136</sup> –, senza contare che, come si è già ricordato, la struttura del giudizio di Strasburgo consente una giustiziabilità tutta “nuova” rispetto a quei sistemi che non conoscono modelli di ricorso individuale quali il *recurso de amparo*. Per altro verso, è significativo notare che analogo ordine di requisiti è richiamato, ancorché la lettera delle disposizioni rilevanti sia alquanto differente<sup>137</sup>, rispetto a quei diritti fondamentali i quali, piuttosto che con il contenuto del precetto, vengono chiamati in causa dalla tipologia della sanzione adottata da un ordinamento: è il caso, in particolare, della fondamentale disposizione sulla libertà personale di cui all’art. 5 Cedu, ma anche del diritto di proprietà privata sancito dall’art. 1 del Protocollo n. 1 Cedu (rilevante soprattutto in materia di confisca) e della libertà di movimento tutelata dall’art. 2 del Protocollo n. 4 Cedu.

In entrambi i filoni giurisprudenziali, quindi, il sindacato della Corte europea appare ricalcare la medesima struttura dato che, dopo un primo esame sull’applicabilità delle disposizioni, la verifica del rispetto dei parametri convenzionali – stante la scarsa portata critico-dimostrativa dello “scopo legittimo” (quasi sempre ritenuto sussistente) – tende costantemente ad articolarsi sul piano formale della previsione legale<sup>138</sup> e su quello contenutistico del giudizio di proporzione. E, a conferma di quanto si è già avuto modo di osservare in termini generali, è soprattutto il secondo scrutinio che, in quanto in grado di discutere le stesse scelte “valoriali” di un ordinamento, rivela i momenti di maggiore incidenza della promozione delle garanzie penalistiche ad opera della Corte europea,

---

<sup>136</sup> Un esempio particolarmente significativo è quello dell’equilibrio tra libertà di cronaca e tutela dell’onore nel reato di diffamazione a mezzo stampa, rispetto al quale la Corte europea ritiene, in via di principio, incompatibile con l’art. 10 Cedu in quanto sproporzionata, la pena detentiva, in un orientamento da ultimo confermato con la sentenza *Šabanović c. Montenegro e Serbia*, 31 maggio 2011.

<sup>137</sup> Si pensi, ad esempio, all’art. 1 del Prot. n. 1 Cedu, rispetto alla cui articolata formulazione testuale, infatti, si assiste nelle pronunce di Strasburgo ad una sostanziale “riscrittura” della stessa, nella quale vengono enucleate tre regole collegate in sequenza: accanto alla generale enunciazione del diritto, in particolare, la Corte riconosce costantemente la possibilità che questo possa incontrare delle limitazioni, le quali sono subordinate, appunto, ai requisiti di legalità, interesse pubblico e proporzione nel perseguimento di tale interesse (a prescindere dal fatto che tali limitazioni consistano in una privazione o in una regolamentazione dell’uso dei beni, con una certa sovrapposizione dei §§ 1 e 2 della disposizione). Sul punto, a commento di un orientamento che viene fatto risalire alla sentenza *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, 23 settembre 1982, cfr. J.P. MARGUÉNAUD, *Le droit de propriété*, in *Les grand arrêts de la Cour européenne des Droits de l’Homme*, 5° ed., Presses universitaires de France, Paris, 2009, 703, e D. HARRIS-M. O’BOYLE-C. WARBRICK, a cura di, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2° ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, 666 s..

<sup>138</sup> Invero, come si avrà modo di osservare diffusamente (v. in particolare *infra*, Cap. IV, § 4.3), la valutazione di imprevedibilità della legge penale è ricca di considerazioni spiccatamente sostanziali, che guardano al contenuto stesso del precetto, affianco a quelli più propriamente formali, che ad oggi sembrano avere avuto per lo più effetti *in malam partem* anche se potrebbero consentire un recupero delle istanze dettate dal principio di offensività fondendo la prospettiva con il giudizio di proporzionalità

consentendo peraltro una fusione di orizzonti tra le due tipologie di giudizio (realizzandosi un costante confronto tra contenuto dell'incriminazione e contenuto della sanzione) in grado di richiamare, in fondo, le stesse istanze riconducibili al principio di offensività<sup>139</sup>. Dopotutto, non è un caso che nell'ordinamento italiano le esigenze di necessaria lesività dell'illecito assistano ad una progressiva tematizzazione proprio nello scrutinio di ragionevolezza che sempre maggior successo riscuote nella recente giurisprudenza costituzionale<sup>140</sup> e mediante il quale, pertanto, potrebbe essere veicolato proprio il recepimento dei "nuovi" bilanciamenti operati dai giudici di Strasburgo.

Osservato come gli effetti "riduttivi" dei diritti fondamentali rispetto al settore penale si articolino sul piano della legalità (che rinvia sempre più ad un vero principio di colpevolezza anche nell'*imputatio facti*, oltre che nell'*imputatio legis*, come si avrà modo di segnalare *infra*, Cap. III, § 2.3 e § 3.1) e della proporzione, in questa sede si cercherà soprattutto di osservare come tali due momenti valutativi si rapportino, tra essere e dover essere, rispetto al canone della legalità penale e, in particolare, se il generale requisito della *law provision* (previsto, pur con formule alquanto diverse, da numerose disposizioni convenzionali) debba effettivamente essere valutato alla luce dei medesimi parametri richiamati nella giurisprudenza relativa all'art. 7 Cedu ovvero se, in taluni settori in cui questo viene invocato (in particolare, in riferimento alle misure di sicurezza), non si ponga piuttosto proprio un problema di proporzione delle scelte di politica criminale (v. diffusamente *infra*, Cap. III, § 3.3 e Cap. IV, § 6.2).

Prima di procedere in questa direzione, tuttavia, occorre segnalare – date le diverse intersezioni proprio con il tema della legalità penale – il volto "promozionale" del sistema dei diritti dell'uomo rispetto allo strumento penale che si va sempre più affermando in epoca recente nella giurisprudenza di Strasburgo sui cc.dd. "obblighi di tutela penale" (in particolare, su quelli "sostanziali") con i quali vengono imposti dei vincoli positivi di penalizzazione di determinate lesioni delle prerogative fondamentali dell'individuo. Il tema non è certo nuovo nel dibattito italiano (ed in quello tedesco) ma, indubbiamente, rappresentano un ribaltamento di prospettiva gli esiti ai quali giunge la Corte europea che – emulando talune soluzioni accolte oltreoceano dall'omologa Corte interamericana dei diritti dell'uomo<sup>141</sup> – approda a soluzioni (e argomenti) rifiutate persino in una teoria costituzionale del reato "forte" come quella di Franco Bricola<sup>142</sup> o nel noto intervento di

---

<sup>139</sup> Come dimostra proprio la giurisprudenza in tema di libertà di stampa e diffamazione, infatti, il giudizio sulla "necessità in una società democratica" dell'ingerenza nel diritto di cui all'art. 10 Cedu dipende, a sua volta, dal contenuto della sanzione prescelta dall'ordinamento e, in particolare, dalla sua capacità di incidere sulla libertà personale.

<sup>140</sup> Sul punto, cfr. le osservazioni di V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 757 ss..

<sup>141</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2657 ss..

<sup>142</sup> Riuscendo, infatti, tale concezione legalistica del reato a mantenersi su di un difficile equilibrio tale da consentire, rispetto a scelte di depenalizzazione inadeguate, solo una critica da un punto di vista della politica criminale, ma non

Domenico Pulitanò sugli obblighi costituzionali di tutela penale<sup>143</sup> e che vanno ben oltre l'impostazione della Corte costituzionale sulle cc.dd. "norme di favore"<sup>144</sup>. Il nucleo centrale, sin dalla prima affermazione con la sentenza *X e Y c. Paesi Bassi*<sup>145</sup>, degli obblighi di tutela penale è costituito dalla richiesta di un'effettiva ed adeguata punizione (non solo, pertanto, di una previsione astratta) della violazione di determinati diritti fondamentali stabiliti nella Convenzione. Si passa, come già era avvenuto nei trattati internazionali (v. *supra*, § 2.1), da un mero dovere di astensione dall'ingerenza ad un vero obbligo "positivo" di tutela che responsabilizza lo Stato anche di fronte alle aggressioni perpetrate dai privati e che assume dimensioni progressivamente crescenti, sia nel numero delle condanne, sia nel novero dei diritti meritevoli di una siffatta protezione qualificata<sup>146</sup>.

Di tale evoluzione giurisprudenziale – rispetto alla quale, in questa sede, non è possibile entrare nel dettaglio di pur rilevanti questioni<sup>147</sup> –, preme soprattutto sottolineare gli argomenti posti dalla

---

una declaratoria di incostituzionalità; cfr., in particolare, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, 3 ed., XIX, Utet, Torino, 1973, 18.

<sup>143</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, in particolare 522 ss., che negava l'ammissibilità di obblighi costituzionali di tutela penale se non riallacciati al principio di uguaglianza, segnalando comunque la doverosa cautela nell'utilizzo di un parametro già allora riconosciuto come capace di esporsi a valutazioni "elastiche" e "politiche" (come confermato oggi dall'ascesa dello scrutinio di ragionevolezza) e l'impossibilità di toccare il "tipo di reato", quanto esclusivamente incidere sulle ipotesi esimenti, rispetto alle quali, peraltro, nella stessa successiva riflessione di 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, 229 ss. si potevano registrare significative aperture.

<sup>144</sup> Come noto, la possibilità di operare un sindacato *in malam partem* – che la Corte costituzionale si è riconosciuta, dapprima nella sentenza n. 148/2003 e, successivamente, soprattutto nella "svolta" rappresentata dalla sentenza n. 394/2006 – rimane comunque ancorata all'esistenza di un'incriminazione e alla sussistenza di un'irragionevole discriminazione soggettiva determinata da una norma compresente e speciale tale da comportare una violazione del principio di uguaglianza-ragionevolezza. La giurisprudenza sugli obblighi di tutela penale, come si vedrà a breve, sfugge a tutti i limiti che la Corte costituzionale tuttora si impone.

<sup>145</sup> Cfr. la sentenza *X e Y c. Paesi Bassi*, 26 marzo 1985, §§ 23 ss., in cui la Corte dichiarò la violazione dell'art. 8 Cedu poiché non venne giudicata adeguata la possibilità di tutela risarcitoria rispetto all'abuso sessuale subito da una ragazza che non aveva potuto sporgere querela in sede penale in ragione delle sue minorazioni psichiche.

<sup>146</sup> Le pronunce sulla violazione degli obblighi di tutela penale si susseguono oramai ad un ritmo incessante di talché non è possibile un'elencazione completa o comunque soddisfacente. Ci si può, pertanto, limitare a considerare che si assiste ad una progressiva estensione dei diritti la cui violazione è da tutelare penalmente – attualmente comprendente gli artt. 2, 3, 4 e 8 Cedu – e, soprattutto, ad un ampliamento della casistica di accoglimento in relazione alla tipologia di condotta (che nel caso del diritto alla vita "copre" anche ipotesi non dolose o nelle quali non si è effettivamente verificato l'evento morte) o di diritto aggredito (in particolare, nella giurisprudenza sull'art. 8 Cedu, la tutela penale appare per ora limitata alle aggressioni alla libertà sessuale o ai casi di violenza domestica, ma si manifesta una tendenza espansiva che la potrebbe condurre a considerare anche l'ampia serie di prerogative soggettive collegate alla disposizione, si pensi al diritto all'ambiente, per il momento assistite da un obbligo positivo di tutela solo "generico"). Sul punto, appare preferibile limitarsi a rinviare ai recenti contributi della letteratura italiana che si è occupata del tema; in particolare, cfr. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 243 ss., con particolare riferimento agli obblighi di protezione del diritto alla vita, A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1811 ss., in riferimenti agli obblighi dedotti dall'art. 3 Cedu. Più in generale, cfr. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, ETS, Pisa, 2009, 167 ss..

<sup>147</sup> Tra tutte, si pensi solo all'originale elaborazione della Corte europea di veri obblighi "procedurali" affiancati a quelli sostanziali, essenzialmente diretti a recuperare l'assenza, nel giudizio di Strasburgo, di ogni fase istruttoria nella quale acquisire elementi che non siano stati previamente considerati dalle giurisdizioni interne (come nota F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali*, cit., 252 s., il quale considera altresì la strumentalità di tali obblighi di accertamento alle esigenze di soddisfazione della vittima sulle quali si dirà a breve). Si può notare, in effetti, che l'equilibrio tra obblighi sostanziali e procedurali appare ancora piuttosto instabile se si considera solo l'opinione dissenziente del giudice Zagrebelsky nella (prima) sentenza *Giugliani e Gaggio c. Italia*, 25 agosto 2009, § 4, dalla quale pare emergere

Corte europea a fondamento di obblighi di protezione non meramente risarcitoria, bensì specificamente penale (*rectius* punitiva), ed i margini di giustiziabilità che nell'ordinamento interno può trovare l'inadempimento alla richiesta di penalizzazione sovranazionale. In primo luogo, è significativo notare che, a sostegno dell'opzione per la "coercizione penale" (così come la richiesta di una tutela effettiva e non solamente di un'incriminazione in astratto), la Corte indica essenzialmente due ordini di ragioni: la maggior efficacia dissuasiva dello strumento penale e le esigenze di soddisfazione morale della vittima: si tratta, in effetti, di una decisa accentuazione delle funzioni generalpreventiva e, soprattutto, preventivo-integrativa della pena, nel momento in cui l'inflizione di questa viene a veicolare un messaggio per lo più volto a rassicurare (oltre che a minacciare) la collettività circa il valore del bene leso e, in particolare, a soddisfare la pretesa di giustizia della persona offesa dal reato<sup>148</sup>. Su tali basi occorrerà impostare un confronto con la definizione di *peine* fatta propria dalla Corte europea nella giurisprudenza relativa all'applicabilità degli artt. 6 e 7 Cedu nella quale, invece, l'attenzione è tutta rivolta all'imputato – sia quando si tratta di riconoscere i tratti punitivi della sanzione, sia quando si esclude l'applicabilità delle garanzie previste dalle disposizioni per la natura preventiva delle misure (v. *infra*, Cap. II, § 5.2). Inoltre, nelle pronunce sugli obblighi positivi emerge in maniera sempre più importante il parametro di proporzione non esclusivamente nella veste di "filtro" delle esigenze preventive alla luce della gravità della violazione (ossia come *Übermassverbot*)<sup>149</sup> ma, soprattutto, come autentico fondamento dell'intervento penalistico (vero e proprio *Untermassverbot*) che rinvia ad una dimensione "sostanziale" o pre-positiva di reato quale fatto che, in relazione al suo intrinseco contenuto disvaloriale, deve necessariamente essere sanzionato<sup>150</sup>, facendo così "rivivere" in chiave contemporanea lo storico dibattito circa la colpevolezza come fondamento o limite della reazione punitiva.

---

un'esigenza di razionalizzazione nel senso dell'alternatività delle due statuizioni, al fine di evitare ogni duplicazione censoria. D'altra parte, ci si potrebbe interrogare sull'effettivo discrimine tra obblighi "negativi" e obblighi "positivi" allorché la violazione del diritto fondamentale sia perpetrata da agenti pubblici e, pertanto, se anche la (ritenuta) insufficienza della legislazione statale o la mancata inflizione di una condanna (eventualmente all'esito di indagini sbrigative) non sia in ogni caso riconducibile al tradizionale divieto per lo Stato di violare i diritti stabiliti nella Convenzione solitamente riconosciuto in maniera contestuale.

<sup>148</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali*, cit., 254 ss. e ID., *L'arbitrio del non punire*, cit., 2688 s., il quale osserva come l'argomento dell'efficacia deterrente, nella sua apparente semplicità, soffra comunque della mancanza di ogni dimostrazione empirica, della quale tuttavia tanto i trattati internazionali quanto la giurisprudenza della Corte europea non sembrano farsi carico e che, pertanto, dietro lo stesso si celino in realtà funzioni per lo più espressivo-simboliche rispetto di riaffermazione dei valori presso la collettività (europea) e di soddisfazione morale della vittima. È soprattutto quest'ultima prospettiva, come viene osservato, che giustifica il passaggio dall'obbligo di penalizzazione astratta a quello di effettiva inflizione della pena all'autore della violazione.

<sup>149</sup> Sulla giurisprudenza consacrata nella sentenza della Grande Camera *Gäfgen c. Germania*, 1 giugno 2010, §§ 123 e 124, cfr. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali*, cit., 256 ss. e ID., *L'arbitrio del non punire*, cit., 2674 ss.

<sup>150</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2685 ss e 2692 ss...

Ora, è evidente che la prospettiva degli obblighi di tutela penale ha come prima conseguenza un significativo ridimensionamento della riserva di legge e, in effetti, risulta valorizzata dalla dottrina italiana che più apertamente si è trovata a discutere talune scelte del legislatore nel senso della non penalizzazione<sup>151</sup>. Si comprende allora come la principale questione che oramai si affaccia nel dibattito interno concerna la possibilità per la Corte costituzionale di intervenire su tali scelte con un giudicato che, evidentemente, finirebbe per avere esiti *in malam partem* anche oltre i limiti delineati nella sentenza n. 394/2006 sulle norme di favore. In proposito, ci si può limitare a considerare che diversi elementi ostativi rispetto a questo tipo di conclusione non appaiono semplicemente dettati dal contro-limite rappresentato dall'art. 25, 2° c., Cost. rispetto alla giurisprudenza di Strasburgo (v. *supra*, § 2.2), quanto piuttosto sono riconducibili al fatto che le pronunce sugli obblighi di tutela pretendono di risolvere complessi bilanciamenti tra determinati diritti dell'uomo (in quanto ritenuti appartenenti ad un "nucleo duro", ancorché dai confini incerti ed in progressivo allargamento) e interessi collettivi mediante la configurazione di un obbligo non solo "positivo" ma specificamente di natura punitiva<sup>152</sup>, quando tale esito sembra nuovamente chiamare in causa (come si è avuto modo di accennare *supra*, § 2.2) fondamentali esigenze di democraticità dell'opzione dalle quali, infatti, trae origine la progressiva istituzionalizzazione della competenza penale dell'Unione europea (in particolare relazione alla nota sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 30 giugno 2009)<sup>153</sup> e rispetto alle quali il sistema convenzionale si rivela tuttora carente<sup>154</sup>. Occorre tener presente, inoltre, che l'affermazione di obblighi di tutela penale, trovando la sua matrice in una concezione "sostanziale" del reato, appare in grado di incidere profondamente anche sul volto "astorico" del principio di legalità come garanzia individuale, non tanto mediante lo strumento della declaratoria di illegittimità costituzionale (che, evidentemente, non potrebbe avere efficacia retroattiva), quanto piuttosto attraverso l'interpretazione conforme che dovesse essere posta in essere dai giudici interni per allineare una legislazione nazionale ritenuta inadeguata; è questo, in particolare, il profilo che maggiormente dovrà essere preso in considerazione in questa sede (v. diffusamente *infra*, Cap. III, § 4.2).

#### **4.2. Il principio di legalità penale come diritto fondamentale: ragioni e metodologia di uno studio.**

---

<sup>151</sup> Cfr. ancora F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2696 ss..

<sup>152</sup> Sulla natura complessa di tali bilanciamenti di "costi" e "benefici", rispetto alla quale l'idea di preminenza gerarchica del bene da tutelare si rivela alquanto riduttiva, già si esprimeva puntualmente D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali*, cit., 500 ss..

<sup>153</sup> Sul punto, cfr. G. ABBADESSA, *Il Bundesverfassungsgericht sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con la Costituzione tedesca*, in *Ius17@unibo.it*, 2009, 327 ss..

<sup>154</sup> Cfr., in questo senso, V. MANES, *La protezione internazionale del diritto alla vita: attivare il sistema penale?*, in corso di pubblicazione, 17 ss. del dattiloscritto.

Come si avrà modo di osservare diffusamente, entrambi i volti *bouclier* e *épée* dei diritti dell'uomo rispetto al diritto penale incidono sulla concreta dimensione del principio di legalità come prerogativa fondamentale che emerge dalla giurisprudenza di Strasburgo<sup>155</sup>. Più in generale, è il mutamento di paradigma che caratterizza la post-modernità giuridica, al quale la teoria dei diritti dell'uomo apporta un contributo fondamentale (v. *supra*, §§ 2.2 e 2.3), che sembra rendere necessaria una rivisitazione di un canone consacrato nel periodo di massima affermazione del mito illuminista della supremazia della legge. Se lo Stato cede sovranità di fronte ad istanze universalistiche, infatti, perde inesorabilmente centralità la fonte parlamentare che di quel monopolio è espressione, così come parallelamente diventa sempre meno significativa il principio nominalistico nella definizione di pena chiamata a determinare l'estensione delle garanzie penalistiche, il che naturalmente ha condotto alla formulazione di un concetto "autonomo" di *matière pénale* da parte della Corte europea, tematica di fondamentale importanza, anche in ragione dell'incidenza del significato della pena come punizione sul contenuto del principio di legalità, alla quale verrà dedicato il capitolo II.

In particolare, lo studio sulla dimensione degli *standard* di tutela (e, segnatamente, delle garanzie penalistiche) nel sistema Cedu si propone di far emergere, in chiave critica, i profili che appaiono meritare maggior apprezzamento e, conseguentemente, recepimento nell'ordinamento interno. Non si tratta semplicemente di far valere il doveroso allineamento a pronunce che godono oramai di un preciso statuto costituzionale, quanto di mostrare come la giurisprudenza della Corte europea sia stata in grado, in effetti, di affrontare più "prontamente" determinati problemi che già si erano affacciati nel tradizionale dibattito penalistico (italiano e straniero); si tenterà, pertanto, di impostare un continuo confronto con tale patrimonio scientifico nella consapevolezza che nella realtà giuridica nulla è veramente "nuovo" ma che, come nella teoria delle rivoluzioni scientifiche di Kuhn, "nuovo" può essere piuttosto il modo di osservarla ed intenderla<sup>156</sup>. Ed in tale attività, la posizione più favorevole della Corte europea sembra proprio derivare sia dal suo ruolo di giudice del caso concreto (v. *supra*, § 2.3), sia dal "vantaggio" di non dover elaborare necessariamente una

---

<sup>155</sup> Incidentalmente, si può notare come, anche se presente nel catalogo dei diritti dell'uomo sin dalla prima affermazione positiva con la *Déclaration* del 1789, sia alquanto difficile la stessa traduzione linguistica della legalità penale come diritto individuale (a volte si leggono formule come "diritto all'effetto non retroattivo della legge penale" o "libertà dall'effetto retroattivo della legge penale", le quali sembrano "stonare" rispetto alle rubriche classiche degli altri articoli della Convenzione). Non è un caso, in effetti, che l'art. 7 Cedu non venga quasi mai citato nei documenti divulgativi della Corte (non appare nei manifesti che arredano la sala stampa del Palazzo dei diritti dell'uomo, così come nei volantini o nelle cartelle sulla Convenzione, mentre è sempre presente il più "giovane" e discusso diritto di proprietà). In effetti, la difficile "traduzione" dell'art. 7 Cedu come diritto risulta collegata al suo contenuto precipuamente "tecnico" e scarsamente "valoriale" (che non viene essenzialmente discusso dagli ordinamenti membri, tanto che la legalità penale viene tradizionalmente sottratta ad ogni bilanciamento e che l'art. 15 Cedu ne esclude la deroga anche nelle ipotesi eccezionali ivi considerate), il che dà proprio conto del fatto che le pronunce sull'art. 7 Cedu siano le più esigue nelle statistiche (sul punto, si tornerà *infra*, Cap. III, § 4.2).

<sup>156</sup> Tale aspetto era sottolineato proprio da F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramde au réseau*, cit., nella loro introduzione, con costante riferimento alla teoria delle rivoluzioni scientifiche di Thomas Kuhn.

regolamentazione organica (o una “concezione del bene”) e di potersi limitare all’osservazione del “male”; si ripropone, in effetti, quell’idea di “priorità del male” che caratterizza l’evoluzione dei diritti dell’uomo (v. *supra*, § 2.2) che si manifesta in maniera evidente, ad esempio, nella rosa di criteri di definizione del concetto di *matière pénale* (chiamati, in prima battuta, soprattutto a demolire soluzioni interne insoddisfacenti, piuttosto che a darne una definizione propria).

Nella presente ricerca, si tenterà soprattutto di trarre, in chiave critica, dalle indicazioni “negative” della Corte (che si sostanziano, appunto, nella condanna degli Stati membri) gli elementi “positivi” utili ai fini di una moderna (o meglio, post-moderna) costruzione della teoria della legalità penale – tralasciandone, tuttavia, il profilo “storico” attinente al corollario della riserva di legge – anche alla luce dei primi “segnali” sintomatici del mutamento di paradigma che si manifestano nell’ordinamento interno (vere “anomalie” del paradigma dominante che cede, per dirla *à la* Kuhn) in cui per lungo tempo ha regnato la convinzione che lo statuto costituzionale accordato al principio di legalità dall’art. 25 Cost. rendesse inutile il riferimento alla sua dimensione convenzionale<sup>157</sup>. Pertanto, piuttosto che un’accurata analisi della casistica di Strasburgo – già studiata in maniera approfondita nella letteratura italiana<sup>158</sup> –, si tenterà di muovere da tale casistica (sulla quale si tornerà in estrema sintesi in principio dei capitoli II e III) al fine di enuclearne le indicazioni fondamentali e di osservare, infine, lo stato del recepimento delle stesse nell’ordinamento interno e, soprattutto, nel neonato diritto penale dell’Unione europea il quale, in effetti, costituisce il principale banco di prova per la tenuta dei diritti fondamentali di fronte all’ascesa della politica criminale europea (tali tematiche verranno sviluppate, in particolare, nelle due sezioni del capitolo IV).

---

<sup>157</sup> Nonostante le “pioneristiche” considerazioni di M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea*, cit., 85, il quale già, in un’epoca in cui lo sviluppo giurisprudenziale del principio era comunque embrionale, sottolineava come «sarebbe però un errore il ritenere che, nel quadro dell’art. 7 della Convenzione di Roma, il “principio di legalità dei delitti e delle pene” abbia un significato sostanzialmente identico a quello che ad esso risulta attribuibile in base alla corrispondente disciplina dell’ordinamento italiano, sia a livello costituzionale sia a livello di legge ordinaria», proprio osservando, oltre all’inidoneità dell’art. 7 a configurare una riserva di legge in senso tecnico (come si vedrà nel paragrafo successivo), la capacità di adattamento della garanzia convenzionale anche al mutamento giurisprudenziale.

<sup>158</sup> Limitando la segnalazione alle sole opere monografiche, si rinvia ai già ricordati approfondimenti di E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit.; V. MANES-V. ZAGREBELSKY, a cura di, *La Convenzione europea*, cit., e alla citata rassegna ragionata della giurisprudenza della Corte europea rilevante in materia penale nel triennio 2008-2010 pubblicata in *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2011, 194 ss..

## Capitolo II

### La sfera di operatività del principio di legalità tra punizione e prevenzione.

#### 1. Rilievi introduttivi.

Gli interrogativi circa l'esatto spettro di operatività del principio di legalità non sono certamente nuovi nel dibattito penalistico e si ricollegano inevitabilmente al problema della stessa definizione dei concetti di *reato* e *pena*. La Corte europea, in una giurisprudenza cadenzata nella quale oramai si possono individuare orientamenti piuttosto consolidati, ha avuto indubbiamente il merito di rianimare la riflessione intorno ad una tematica nella quale il tradizionale riferimento all'incidenza sulla libertà personale è apparso storicamente sempre meno soddisfacente tanto in chiave garantistica, quanto in un'ottica di deflazione del paradigma custodiale (sui due profili, v. rispettivamente *infra*, Cap. IV, §§ 4.1. e 4.5). Solo in epoca recente, d'altra parte, si è potuta apprezzare una maggior consapevolezza da parte degli operatori giuridici dell'incidenza della definizione convenzionale di *matière pénale* sull'ordinamento interno, affiorata dapprima in alcune sentenze della Corte di cassazione in tema di confisca per equivalente e poi considerata in modo decisivo nella sentenza della Corte costituzionale in materia di confisca del veicolo (v. *infra*, Cap. IV, §§ 4.2 e 4.3).

La definizione "autonoma" di materia penale, in effetti, trova origine in una naturale, quasi "intuitiva", esigenza della Corte di rendere l'applicazione delle garanzie penalistiche previste dalla Convenzione svincolate dalle qualificazioni provenienti dagli ordinamenti interni. In questo senso, viene richiamata una pluralità di parametri fortemente eterogenei che appare assolvere sin dalle prime pronunce soprattutto una funzione "demolitiva" delle classificazioni nazionali, piuttosto che offrire chiari spunti in termini ricostruttivi. In effetti, la molteplicità e la diversificazione dei criteri di definizione di *reato* e *pena* hanno consentito sin dal caso *Engel* l'elaborazione di un'efficace *pars destruens*, ma l'ampliarsi della casistica ha progressivamente imposto alla Corte delle scelte – in particolare quando natura del fatto, natura della sanzione e gravità della stessa conducevano ad esiti valutativi discordanti – rivelando l'inidoneità di alcuni criteri a rappresentare una valida pietra angolare per una definizione dello spettro di operatività dello statuto garantistico penale (v. le osservazioni critiche *infra*, §§ 3 e 4). Nella giurisprudenza di Strasburgo sulla *matière pénale*, in altri termini, si può osservare un processo di affinamento selettivo dei parametri dai quali far

dipendere l'operatività delle garanzie penalistiche, scandito da fondamentali tappe quali quelle rappresentate, da un punto di vista teorico, dalle pronunce *Öztürk* e *Jussila* e, sul piano applicativo, dalle sentenze *Welch* e *M.*. E nonostante alcune incertezze terminologiche, sfociate talvolta in dispositivi discutibili, rivelino ancora la non compiutezza dell'itinerario ricostruttivo della Corte, si possono individuare alcune costanti (v. *infra*, § 5) dalle quali trarre fondamentali indicazioni per la soluzione di problematiche emerse nell'ordinamento italiano e, soprattutto, ai fini della costruzione del sistema penale europeo e del relativo corredo garantistico. In questo capitolo, pertanto, si procederà ad una "scomposizione" analitica della criteriologia adottata dai giudici di Strasburgo al fine di far affiorare la cifra essenziale della definizione di materia penale "convenzionale", così da mostrare, in sede conclusiva, come questa risulti preferibile rispetto a quella che appare tuttora recepita in larghi settori della dottrina italiana (v. *infra*, Cap. IV, § 4.1).

## **2. Quadro sinottico sull'elaborazione giurisprudenziale del concetto di *matière pénale*.**

### **2.1. Gli Engel criteria: la qualificazione del binomio illecito-sanzione.**

Condizione necessaria ai fini dell'applicabilità dell'art. 7 Cedu – così come del *volet pénal* dell'art. 6 e delle altre garanzie penalistiche previste dalla Convenzione e dai Protocolli addizionali<sup>159</sup> – è il riconoscimento della natura penale della materia trattata nel ricorso; ne consegue che, qualora tale valutazione dia esito negativo, la doglianza viene rigettata secondo la formula decisoria dell'irricevibilità *ratione materiae*<sup>160</sup>.

Appare utile, in sede preliminare, una breve illustrazione dei criteri che la Corte europea utilizza nell'elaborazione del concetto autonomo di *matière pénale* e delle relative conseguenze sulla qualificazione di determinati istituti, tematica emersa nell'ultimo decennio all'attenzione anche della dottrina italiana<sup>161</sup>. La prima enucleazione di tali parametri è resa nella nota sentenza *Engel e*

---

<sup>159</sup> Come segnalato da V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 85, tra queste si possono annoverare quelle previste dall'art. 5, §§ 2 e 3, della Convenzione, che sancisce i diritti dell'arrestato nel procedimento penale, e dagli artt. 2 e 3 del Protocollo n. 7, i quali garantiscono il diritto ad un doppio grado di giudizio, il diritto al risarcimento del danno in caso di errore giudiziario e il principio del *ne bis in idem*.

<sup>160</sup> Il giudizio, in questo senso, si arresta ancor prima dell'esame di merito sulla violazione o meno della disposizione. Proprio in relazione all'art. 7 Cedu, tuttavia, si può sin d'ora segnalare un'importante pronuncia in cui la Corte è sembrata incerta nella formula decisoria da utilizzare e, nonostante una motivazione volta ed escludere il carattere penale della disciplina sulla liberazione anticipata, ha concluso per un dispositivo di merito, dichiarando così la disposizione contestualmente violata e non violata in relazione a diversi profili; sul caso *Kafkaris c. Cipro*, 12 febbraio 2008, v. *infra*, § 2.2, e Cap. IV, § 6.4.

<sup>161</sup> Sul punto, per uno sguardo in termini generali sulla tematica, cfr. A. BERNARDI, *Art. 7 – Nessuna pena senza legge*, in S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, a cura di, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, 256 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti*

a. c. Olanda<sup>162</sup> – motivo per cui questi vengono frequentemente indicati come *Engel criteria* – nella quale per la prima volta la Corte avvertiva la necessità, quasi “fisiologica”, di prendere le distanze dalle qualificazioni giuridiche provenienti dagli ordinamenti degli Stati membri<sup>163</sup>, assumendole come un punto di partenza a valenza unilaterale<sup>164</sup> di un giudizio in cui trova spazio la valutazione di due ulteriori criteri – la natura dell’illecito (c.d. secondo criterio) e la natura e severità della sanzione (c.d. terzo criterio) – a sua volta articolata in una serie di sub-criteri piuttosto eterogenei che disegnano una trama complessa in cui, peraltro, l’indagine sulle finalità della sanzione appare periclitare tra secondo e terzo criterio<sup>165</sup>.

Al di là di ogni velleità classificatoria, si possono tuttavia evidenziare due grandi direttrici nel percorso valutativo intrapreso dai giudici di Strasburgo: un primo momento di indagine, infatti, guarda all’illecito commesso alla luce degli interessi tutelati dalla norma e alla portata generale o

---

*dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006, 39 ss., A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, Giappichelli, Torino, 2008, 307 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit., 84 ss.; V. MANES, *Commento all'art. 7*, in S. Bartole-P. de Sena-V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, in corso di pubblicazione, 2 ss.. Nella letteratura straniera, cfr. in particolare P. VAN DIJK-F. VAN HOOF-A. VAN RIJN-L. ZWAAK, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4° ed., Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2006, 543 ss.; D. HARRIS-M. O'BOYLE-C. WARBRICK, a cura di, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2° ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, 205 ss.; B. EMMERSON-A. ASHWORTH-A. MACDONALD, *Human rights and criminal justice*, Sweet and Maxwell, London, 2007, 192 ss..

<sup>162</sup> Nella sentenza *Engel e a. c. Olanda*, 8 giugno 1976, § 82, la Corte era chiamata a pronunciarsi sulla violazione, e quindi sulla stessa applicabilità, delle garanzie processuali previste dall’art. 6 Cedu ai procedimenti disciplinari ai quali erano stati assoggettati cinque militari olandesi. In particolare, solo nel caso dei ricorrenti de Wit, Dona e Schul, stante la maggior severità della sanzione potenzialmente irrogabile, la disposizione convenzionale veniva riconosciuta applicabile (e violata), malgrado anche al soldato Engel fosse stata inflitta una misura ritenuta dalla Corte privativa della libertà personale.

<sup>163</sup> Mentre nella precedente pronuncia *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, 18 giugno 1971, § 87, ad esempio, ancora si affermava laconicamente che «l’art. 7 non entra manifestamente in gioco. Il vagabondaggio semplicemente non costituisce un “reato” nel diritto belga e la giurisdizione di pace non ha condannato i ricorrenti ad alcuna “pena”».

<sup>164</sup> Il che significa, come noto, che se l’ordinamento membro qualifica come penale l’illecito o la sanzione in questione, la Corte ritiene applicabili le garanzie penalistiche senza procedere ad alcuna ulteriore indagine; in caso contrario, invece, l’esame del ricorso prosegue tenendo conto degli ulteriori criteri sostanziali. In effetti, una definizione autonoma di materia penale potrebbe permettere alla Corte anche di riconoscere il carattere non penale di una misura definita come tale dall’ordinamento interno ma, evidentemente, ciò non sarebbe in linea con la natura di *standard* minimo di garanzie rappresentata dalla Convenzione che, all’art. 53, ammette la possibilità per gli Stati membri di adottare soluzioni più garantistiche. Pertanto, non avrebbe senso che la Corte si preoccupasse di ridurre lo spettro di operatività delle garanzie penalistiche in nome di una coerenza con i criteri sostanziali di definizione di materia penale. Si comprendono, quindi, le ragioni poste a fondamento dell’opinione dissenziente dei giudici Tulkens, Fischbach e Casadevall nel caso *Escoubet c. Belgio*, 18 ottobre 1999 – in cui la Corte riteneva non avente natura penale la misura del ritiro immediato della patente nonostante venissero riscontrati indizi sintomatici di una qualificazione penalistica nell’ordinamento belga (§§ 34 e 35 della sentenza) – i quali sottolineavano come non avesse senso prendere “à contrepied” il diritto interno per scartare l’applicabilità dell’art. 6 Cedu.

<sup>165</sup> Per un’approfondita indagine sull’articolazione dei diversi sotto-criteri, si rinvia allo studio del *Groupe de recherche Droits de l’homme et logiques juridiques*, diretto da Mireille Delmas-Marty, in AA.Vv., *La «matière pénale» au sens de la Convention européenne des droits de l’homme, flou du droit pénal*, in *Rev. sci. crim. et droit pén. comp.*, 1987, in cui, ad esempio, le finalità della sanzione vengono ricondotte al terzo criterio. Diversamente, P. VAN DIJK-F. VAN HOOF-A. VAN RIJN-L. ZWAAK, *Theory and practice*, cit., p. 547, riconducono la finalità (“purpose”) della sanzione nell’ambito del secondo criterio, distinguendola dalla natura (“nature”), afferente al terzo, che concernerebbe piuttosto la tipologia della sanzione, pur notando come “a sorpresa” la stessa Corte abbia talvolta invertito l’ordine di analisi (riferendosi, in particolare, al caso *Pierre-Bloch c. Francia*, 21 ottobre 1997, §§ 54 ss.). In proposito, osservano una certa difficoltà nel razionalizzare la giurisprudenza della Corte e, in particolare, il processo di applicazione del secondo e del terzo criterio anche D. HARRIS-M. O'BOYLE-C. WARBRICK, a cura di, *Law of the European Convention*, cit., 206.

particolare del precetto, ma anche delle condizioni nelle quali è avvenuta l'infrazione, della riprovevolezza e della gravità del comportamento tenuto<sup>166</sup>; in seconda battuta, invece, l'attenzione si sposta sulla tipologia, sulla finalità e sulla gravità delle misure adottate a seguito della commissione del fatto. Quanto a quest'ultimo indice, occorre sin d'ora segnalare che la limitazione della libertà personale non è condizione né necessaria né sufficiente affinché una misura possa essere considerata penale, quanto piuttosto elemento presuntivo di un'apprezzabile severità della stessa<sup>167</sup>.

Superate le prime esitazioni<sup>168</sup>, la Corte giungeva ad un primo esito fondamentale di tale opera di riqualificazione rispetto al settore degli illeciti amministrativi. In particolare, nel noto caso *Öztürk c. Germania*, i giudici di Strasburgo riconoscevano la natura penale di una *Ordnungswidrigkeit* prevista dall'ordinamento tedesco in materia di circolazione stradale, osservando come, nonostante l'importante riforma di depenalizzazione di cui era stato oggetto il settore e la modesta entità della *Geldbusse* applicata (sessanta marchi tedeschi), permanesse un carattere «repressivo e preventivo» della sanzione tale da imporre l'applicazione delle garanzie penalistiche<sup>169</sup>. Tale tipo di impostazione è stata recepita a più riprese nella giurisprudenza successiva in materia di illeciti amministrativi, rappresentando oggi un approdo ermeneutico largamente consolidato<sup>170</sup> che

---

<sup>166</sup> Nell'ordine di esposizione seguito da AA. Vv., *La «matière pénale»*, cit., 1987, 832, cui si rinvia per i relativi riferimenti giurisprudenziali.

<sup>167</sup> Nel caso di sanzione privativa della libertà personale, infatti, si ha una sorta di "presunzione di gravità" della sanzione se questa risulta "apprezzabilmente pregiudizievole" per natura, durata o modalità di esecuzione, come affermato nella sentenza *Galstyan c. Armenia*, 15 novembre 2007, §§ 59 ss., in relazione ad un "internamento amministrativo" di pochi giorni, comunque ricondotto al concetto di "materia penale" (in termini analoghi, cfr. anche la pronuncia *Ashughyan c. Armenia*, 17 luglio 2008, § 51). D'altra parte, non solo talvolta sanzioni pecuniarie convertibili in misure detentive non sono state ritenute aventi natura penale – come nelle sentenze *Ravnsborg c. Svezia*, 23 marzo 1994, § 35 e *Putz c. Austria*, 22 febbraio 1996, § 33 – ma nella stessa sentenza *Engel* il procedimento per l'applicazione di pochi giorni di internamento veniva sottratto alle garanzie dell'art. 6 Cedu, soluzione confermata nelle successive decisioni *Herbert Eggs c. Svizzera*, 4 marzo 1978, e *X c. Svizzera*, 8 luglio 1980. Sul punto, v. anche *infra*, § 4.

<sup>168</sup> Cfr. la sentenza *Deweert c. Belgio*, 27 febbraio 1980, § 45, spesso richiamata in dottrina ma nella quale gli *Engel criteria* (invece prontamente recepiti dalla Commissione europea nelle pronunce successive al 1976) non venivano richiamati in un caso in cui, eppure, la Corte ribaltava la qualificazione interna ritenendo la natura penale della sanzione applicata al ricorrente. In senso analogo, cfr. la sentenza *Adolf c. Austria*, 26 marzo 1982, §§ 29 ss..

<sup>169</sup> Cfr. *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, § 53, pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss., con nota di C.E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in cui, in particolare, l'art. 6, § 3, Cedu veniva ritenuto violato poiché il ricorrente, di origine turca, nel procedimento di contestazione della sanzione aveva dovuto sostenere le spese (anch'esse piuttosto modeste) relative all'assistenza di un interprete, in violazione della facoltà prevista alla lettera e) della disposizione convenzionale.

<sup>170</sup> Cfr., ad esempio, la sentenza *Lutz c. Germania*, 25 agosto 1987, §§ 55 ss. e la decisione *Varuzza c. Italia*, 9 novembre 1999. In ambiti diversi da quello della circolazione stradale, cfr. le sentenze *Lauko c. Slovacchia*, 2 settembre 1998, § 57 ss., *Anghel c. Romania*, 4 ottobre 2007, §§ 51 ss., e *Hüseyin Turan c. Turchia*, 4 marzo 2008, § 19 ss.. Non ha avuto seguito, in particolare, la decisione *Duhs c. Svezia*, 7 dicembre 1990, in cui la Commissione negava la natura penale di sanzioni amministrative pecuniarie per divieto di sosta, pronuncia caratterizzata, è bene segnalarlo sin d'ora, da una certa ambiguità di fondo nel momento in cui nella motivazione si concludeva per la natura non penale delle sanzioni stesse, oltre che per la scarsa severità, in ragione della loro imputazione sostanzialmente oggettiva, come se il regime di imputazione non debba piuttosto derivare dalla natura di una misura. Occorre segnalare, peraltro, che quando si è trattato di estendere le garanzie sostanziali, piuttosto che quelle processuali, al settore degli illeciti amministrativi, la Corte ha mostrato maggiori tentennamenti nel riqualificare misure che pur avevano una finalità punitiva almeno

avvalora quell'affermazione, ricorrente nella giurisprudenza della Corte, secondo la quale gli *Engel criteria* sono tra loro alternativi e non cumulativi, di talché è sufficiente che uno solo dia riscontro positivo al fine di estendere lo statuto garantistico previsto dalla Convenzione in materia penale<sup>171</sup>. Si deve notare, tuttavia, che se talvolta la Corte ha ammesso la possibilità di un apprezzamento in chiave congiunta e complessiva laddove nessuno dei criteri si riveli singolarmente idoneo ad orientare la decisione finale<sup>172</sup>, proprio tale tipo di approccio, e non un'autentica logica di alternatività, è stato adottato dalla Corte anche in ipotesi in cui, se non altro, la finalità punitiva delle sanzioni era evidente.

Questa seconda tendenza è manifesta nella giurisprudenza relativa agli illeciti disciplinari, rispetto ai quali l'interagire dei diversi criteri è storicamente apparso piuttosto incerto e, conseguentemente, l'orientamento della Corte meno univoco. In particolare, se il profilo della finalità delle sanzioni rimane del tutto in ombra (ambiguamente obliterato), la Corte tende a valorizzare elementi quali la natura degli interessi tutelati e la portata non generale dei precetti in quanto sintomatici del carattere non penale dell'illecito<sup>173</sup>. Si può notare, in ogni caso, come i giudici di Strasburgo tendano in questi casi a non limitare il proprio sindacato al profilo inerente la struttura ed il contenuto dell'illecito, ma considerino altresì il coefficiente di severità della sanzione,

---

compresente. Ad esempio, nella sentenza *Tre Traktorer Aktiebolag c. Svezia*, 7 luglio 1989, § 46, la Corte concludeva per la legittimità della revoca della licenza per l'esercizio dell'attività di ristorazione, ancorché disciplinata da una normativa entrata in vigore dopo la commissione degli illeciti contestati, suggerendo, con un'argomentazione tanto concisa quanto criptica, la funzione meramente preventiva della misura. Tale atteggiamento di maggior *restraint* nei confronti delle garanzie sostanziali è stato notato in dottrina da P. ROLLAND, *Article 7*, in L.E. Pettiti-E. Decaux-P.H. Imbert, a cura di, *La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, 2° ed., Economica, Paris, 1999, 302 s., e A. BERNARDI, *Art. 7*, cit., 277 s., ed appare decisamente criticabile (v. anche *infra*, Cap. IV, § 4.4).

<sup>171</sup> In questi termini, tra le tante, cfr. le sentenze *Garyfallou Aebe c. Grecia*, 24 settembre 1997, § 33, *Lutz c. Germania*, cit., § 55; *Janosevic c. Svezia*, 23 luglio 2002, § 67; *Lauko c. Slovacchia*, cit., § 57; *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, 9 ottobre 2003, § 86; *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006, § 31.

<sup>172</sup> Come avvenuto nella sentenza *Bendenoun c. Francia*, 24 febbraio 1994, § 47.

<sup>173</sup> Una certa rilevanza accordata alla portata non generale del precetto, ad esempio, emerge *a contrario* nelle sentenze *Weber c. Svizzera*, 22 maggio 1990, § 33 – in cui la Corte notava che, essendo destinatari della sanzione le parti processuali e potendo tale qualifica essere rivestita potenzialmente dall'intera popolazione, non fosse accettabile una qualificazione in senso disciplinare dell'infrazione –, e *Demicoli c. Malta*, 27 agosto 1991, § 33, in cui si osservava come gli illeciti di lesione delle prerogative parlamentari previsti nella legislazione maltese, in quanto rivolti alla generalità dei consociati, avessero carattere penale. D'altra parte, in contrasto con le conclusioni della sentenza *Weber* appaiono porsi le due successive pronunce *Ravnsborg c. Svezia*, cit., § 34 ss., e *Putz c. Austria*, cit., § 33, nelle quali la Corte ha accolto la qualificazione disciplinare di ipotesi di comportamento processuale irregolare ancorché aventi come destinatari le parti (oltre che nella recente sentenza *Matyjek c. Polonia*, 30 maggio 2006, § 52). In queste pronunce, in effetti, i giudici di Strasburgo hanno considerato soprattutto la natura degli interessi tutelati, nel momento in cui è stata ritenuta avente natura tipicamente disciplinare la tutela del buon svolgimento del processo. Analogamente, nel caso *Engel c. Olanda*, cit., § 82, veniva posta in rilievo la *ratio* di tutela del funzionamento delle forze armate come tipicamente non penale, soluzione confermata nelle successive decisioni *Herbert Eggs c. Svizzera*, cit., e *X c. Svizzera*, cit., e implicitamente nella più recente *Yanasik c. Turchia*, 6 gennaio 1993. Ancora, nelle decisioni di irricevibilità *X c. Belgio*, 5 maggio 1980, *X c. Regno Unito*, 8 ottobre 1980, *Kremzow c. Austria*, 7 novembre 1990, *Wickramsinghe c. Regno Unito*, 9 dicembre 1997, e *Brown c. Regno Unito*, 24 novembre 1998, era la logica di regolazione dei rapporti tra individuo e ordine professionale, anche in presenza di violazioni costituenti reato nello stesso diritto nazionale, a giustificare l'accoglimento della qualifica disciplinare degli illeciti.

valutazione che però tende solitamente a confermare gli esiti del primo accertamento<sup>174</sup> e che solo in poche occasioni ha giocato un ruolo decisivo, come appunto nel celebre caso *Engel*, in cui l'adozione di dispositivi opposti in relazione ai singoli ricorrenti era fondata proprio sul diverso grado di severità delle sanzioni minacciate dall'ordinamento<sup>175</sup>.

Il maggior peso del criterio della severità della sanzione rispetto a quello della natura dell'illecito, peraltro, è riscontrabile nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte rispetto ad un settore solitamente ricondotto al *genus* dell'illecito disciplinare, ossia quello delle infrazioni commesse dai detenuti in ambito carcerario. Se in un primo momento, infatti, veniva valorizzata la natura non penale degli illeciti penitenziari, in quanto volti a tutelare «un funzionamento efficace del sistema penitenziario» a prescindere dalla gravità delle sanzioni<sup>176</sup>, si faceva largo però un secondo orientamento volto a riconoscere l'applicabilità delle garanzie penalistiche soprattutto in ragione della rilevante severità della misura della *perte de remise de peine* – di fatto privativa della libertà personale ancorché calcolata in termini “negativi” di mancata riduzione della pena originariamente inflitta – e nel quale affioravano talune esitazioni circa la “sostanza” degli illeciti, i quali, almeno in ragione della gravità delle condotte tenute, non venivano più ritenuti pacificamente riconducibili alla sfera disciplinare<sup>177</sup>. Si rendeva così necessario l'intervento della *Grande Chambre* che, nella sentenza *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, accreditava il secondo orientamento interpretativo, riconoscendo il carattere privativo della libertà ed estremamente severo delle sanzioni penitenziarie consistenti nel differimento della liberazione anticipata, e ribadiva la natura

---

<sup>174</sup> Così nei casi *X c. Regno Unito*, cit., *Ravnsborg c. Svezia*, cit., § 35, *Putz c. Austria*, cit., § 33, alla riconosciuta natura disciplinare dell'illecito faceva riscontro una valutazione di scarsa severità della sanzione, mentre nei casi *Demicoli c. Malta*, cit., § 34, e *Weber c. Svizzera*, cit., § 34, si presentava la situazione diametralmente opposta, confermando l'indagine sulla sanzione la natura sostanzialmente penale degli illeciti. Sin d'ora, si può notare come, in effetti, il giudizio sulla severità della sanzione si caratterizzi per una certa arbitrarietà di fondo (v. le osservazioni critiche che verranno svolte *infra*, § 4) di cui è sintomatica la “sospetta” coincidenza con gli esiti della valutazione sulla natura.

<sup>175</sup> In particolare, come segnalato, le sanzioni inflitte ai ricorrenti *Engel* e *van der Wiel* erano ritenute non penali in ragione della loro relativa brevità, mentre la maggior durata della sanzione potenzialmente applicabile ad altri tre ricorrenti comportava, nel loro caso, l'estensione delle garanzie dell'art. 6 Cedu ed il conseguente accoglimento del ricorso.

<sup>176</sup> Così, nelle decisioni della Commissione *X c. Svizzera*, 9 maggio 1977, e *McFeeley c. Regno Unito*, 15 maggio 1980, § 98, nelle quali sanzioni consistenti in pochi giorni di isolamento o nella perdita di benefici carcerari venivano ritenute estranee al concetto di *matière pénale*, orientamento poi confermato dalla decisione *Kiss c. Regno Unito*, 16 dicembre 1976, che affermava la generale inapplicabilità dell'art. 6 Cedu rispetto a tali misure nonostante la riconosciuta severità delle stesse (in questo caso consistenti nella perdita sino a 180 giorni di *remise de peine*, istituto paragonabile alla liberazione anticipata).

<sup>177</sup> Un primo momento di svolta, in questo senso, è rappresentato dalla sentenza *Campbell e Fell c. Regno Unito*, 28 giugno 1984, § 71 ss., nella quale si manifestava un'evidente incertezza sulla natura dell'illecito nel momento in cui si osservava che la particolare gravità degli illeciti commessi ed il fatto che questi fossero qualificati come reato se realizzati fuori dall'ambito carcerario non fossero «sufficienti a condurre la Corte a concludere per la necessità di considerare come “penali” ai fini della Convenzione, le infrazioni contestate a M. Campbell, ma le conferiscono un profilo che non coincide esattamente con quello di una questione meramente disciplinare».

“mista” delle infrazioni pur rilevando l’impraticabilità dell’assunzione della “gravità” delle condotte come criterio decisivo<sup>178</sup>.

In definitiva, emerge con evidenza come nel settore degli illeciti disciplinari e penitenziari la Corte tenda a sottovalutare (*rectius ignorare*) la funzione punitiva delle sanzioni, focalizzando piuttosto il proprio giudizio sulla natura delle infrazioni e sulla severità delle misure adottate.

In proposito, si deve segnalare che una certa priorità accordata al parametro della severità della sanzione si è manifestata talvolta anche nel settore degli illeciti fiscali, visto che nella decisione *Morel c. Francia* la scarsa entità delle maggiorazioni d’imposta applicate al ricorrente aveva condotto la Seconda sezione della Corte ad escludere la natura penale delle stesse<sup>179</sup>, anche se nei diversi precedenti relativi a sanzioni tributarie queste erano state costantemente attratte nel concetto di *matière pénale* in virtù della loro natura repressiva, piuttosto che meramente ripristinatoria dell’ordine economico alterato<sup>180</sup>. Sul punto, tuttavia, è intervenuta la *Grande Chambre* che, accreditando la logica di fondo della giurisprudenza *Öztürk*, ha sancito la prevalenza del criterio qualitativo della finalità della sanzione su quello quantitativo, o meglio il carattere alternativo dell’interrelazione tra le due prospettive. Nella sentenza *Jussila c. Finlandia*, infatti, è stata resa l’importante affermazione di principio secondo la quale il riconoscimento delle finalità preventive e repressive della sanzione «è sufficiente in quanto tale a conferire all’infrazione punita un carattere penale» e «la levità della sanzione (...) non ha come effetto quello di escludere dal campo di applicazione l’art. 6. Questa disposizione si applica quindi nel suo *volet pénal* nonostante la modicità della somma richiesta a titolo di maggiorazione d’imposta»<sup>181</sup>. D’altra parte, nella stessa sentenza *Jussila*, alla definitiva affermazione di una concezione così ampia di materia penale faceva da contraltare una distinzione tra un “*hard core*” del settore criminale (o *Kernstrafrecht*) ed altre

---

<sup>178</sup> Sentenza della Grande Camera, *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, cit., §§ 104 ss..

<sup>179</sup> Cfr. *Morel c. Francia*, 3 giugno 2003, in cui le maggiorazioni d’imposta del 10% erano ritenute non sufficientemente severe, sia in termini percentuali sia con riguardo all’ammontare totale, per attrarre le stesse nel concetto di sanzione penale nonostante una riconosciuta natura repressiva e preventiva.

<sup>180</sup> Cfr. le sentenze *E.L., R.L. e J.O.-L. c. Svizzera*, 29 agosto 1997, § 46, e *A.P., M.P. e T.P. c. Svizzera*, 29 agosto 1997, § 40, nelle quali la Corte rilevava come l’applicazione di sanzioni fiscali agli eredi dell’autore degli illeciti comportasse una violazione del principio di presunzione di innocenza di cui all’art. 6, § 2, Cedu – valorizzato, in particolare, nel significato sostanziale di divieto di responsabilità per fatto altrui – alla luce della dimensione intrinsecamente punitiva delle stesse (mentre la soluzione della trasmissibilità delle sanzioni sarebbe stata coerente con una concezione ripristinatoria di stampo civilistico). Tale orientamento è stato confermato nella giurisprudenza relativa alla lesione di prerogative più strettamente processuali nelle successive sentenze *Bendenoun c. Francia*, cit., § 47, e, in modo più deciso, *J.J. c. Olanda*, 27 marzo 1998, § 37, così come nelle coeve *Janosevic c. Svezia*, cit., §§ 66 ss., e *Västberga Taxi Aktiebolag e Vulic c. Svezia*, 23 luglio 2002, §§ 79 ss., nelle quali era ribadita la natura non esclusivamente compensativa delle maggiorazioni d’imposta, a fronte della valenza general-preventiva e repressiva, oltre che dell’apprezzabile severità, delle stesse.

<sup>181</sup> Sentenza *Jussila c. Finlandia*, cit., §§ 35 ss.. In seguito, a conferma della centralità del criterio della funzione, cfr. la pronuncia *Paycar Yev Haghtanak Ltd c. Armenia*, 20 dicembre 2007, in pct. §§ 33 ss., in relazione a sanzioni pecuniarie ed a maggiorazioni fiscali applicate ad una persona giuridica, secondo una procedura ritenuta lesiva delle garanzie previste dall’art. 6 Cedu, non essendo stata concessa alla società la possibilità di accedere ad un controllo giurisdizionale.

sanzioni che, ancorché punitive, “do not carry any significant degree of stigma”, sulla base della quale la Corte giungeva a soluzioni differenziate circa l’applicabilità di determinate garanzie processuali difficili da estendere all’intero settore punitivo e, in particolare, a proposito della pubblicità del procedimento<sup>182</sup>; tale conclusione appare particolarmente significativa alla luce di alcune osservazioni che si svolgeranno in sede conclusiva (v. *infra*, Cap. IV, § 4.5).

## **2.2. La qualificazione di singole conseguenze giuridiche della commissione di un reato.**

Se gli orientamenti giurisprudenziali tratteggiati sinora si riferiscono alla qualificazione del binomio illecito-sanzione, la portata della qualificazione “autonoma” di *matière pénale* si è manifestata in tutta la sua incidenza anche rispetto a singole conseguenze giuridiche della commissione di un reato – accessorie, quindi, rispetto alla pena principale – non qualificate come penali nell’ordinamento interno<sup>183</sup>. Lo sguardo della Corte, in queste ipotesi, è tutto focalizzato sullo specifico “segmento” sanzionatorio, a fronte di un giudizio di responsabilità penale del quale non è discussa la legittimità. Di conseguenza, la sistematica di criteri adottata in queste ipotesi è da un lato priva di un’indagine sull’illecito – la cui natura penale (o almeno la qualificazione interna) non è controversa – e, dall’altro, contiene una maggiore specificazione dei parametri valutativi inerenti la misura applicata, che sono quelli del rapporto di consequenzialità rispetto alla condanna per un reato, della natura e dello scopo della misura, della procedura adottata nella sua applicazione ed esecuzione e della sua severità.

La prima emersione di tale più specifico approccio risale alla celebre sentenza *Welch c. Regno Unito*, in cui la Corte riteneva che l’applicazione retroattiva della nuova e più severa disciplina del *confiscation order* (istituto riconducibile al modello della confisca c.d. “allargata”) costituisse violazione dell’art. 7 Cedu, ancorché avvenuta in relazione ad una fattispecie penale introdotta ben prima della commissione del fatto<sup>184</sup>. Si comprende, in effetti, come proprio la confisca, in quanto

---

<sup>182</sup> Cfr., in questi termini, la più volte segnalata sentenza della Grande Camera *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006, § 43, in cui la Corte apriva alla possibilità in casi eccezionali di escludere il diritto alla pubblicità delle udienze (di recente, nello stesso senso v. la decisione *Suhadolc c. Slovenia*, 17 maggio 2011). Sul punto, d’altra parte, merita una segnalazione l’opinione dissenziente dei giudici Loucaides, Zupancic e Spielmann, nella quale si sottolinea il rischio insito nella soluzione della Corte, ossia la determinazione dei confini del concetto di “hard core” del diritto penale (negli efficaci termini dei tre giudici: “who does draw the line?”).

<sup>183</sup> Teoricamente, si potrebbe presentare anche una situazione in cui viene discussa esclusivamente la qualificazione di una misura conseguente ad un illecito non definito come reato nell’ordinamento interno, ma del quale viene riconosciuta dal governo resistente la natura penale e la cui sanzione principale è stata applicata nel rispetto del principio di legalità. In questa ipotesi, la Corte dovrebbe procedere coerentemente all’adozione della gamma di criteri che ora si esamineranno, essendo la valutazione incentrata esclusivamente su di una delle conseguenze previste dall’ordinamento.

<sup>184</sup> Sentenza *Welch c. Regno Unito*, 9 febbraio 1995, § 30, in cui la Corte affermava: «Lo scopo preventivo della confisca di beni suscettibili di essere utilizzati in operazioni future di traffico di stupefacenti, come quello di garantire che il crimine non paghi, risulta evidente (...). Nondimeno, non si potrebbe escludere che una legislazione che

misura tendenzialmente accessoria alla pena e tuttavia frequentemente oggetto di una disciplina differenziata negli ordinamenti europei nonostante le finalità ugualmente punitive della stessa (v. *infra*, Cap. IV, § 4.3), abbia costituito uno dei terreni privilegiati per la sperimentazione di questa seconda gamma di criteri, sino alla recente decisione di ricevibilità del ricorso *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, del 30 agosto 2007<sup>185</sup>, preludio della prima condanna dell'Italia ex art. 7 Cedu nella sentenza del 20 gennaio 2009 (v. *infra*, Cap. III, § 2.3).

L'analisi su di una specifica conseguenza giuridica della condanna per un reato caratterizza altresì la sentenza *Jamil c. Francia*, in cui è stato censurato l'aggravamento retroattivo della regolazione della *contrainte par corps* francese, misura detentiva prevista in caso di mancata esecuzione di determinate pene pecuniarie<sup>186</sup>, così come il caso *Malige c. Francia*, relativo alla decurtazione dei punti della patente di guida<sup>187</sup>, e, più di recente, le pronunce *Gurguchiani c. Spagna* e *M. c. Germania*. Nella prima, in particolare, è stata giudicata contraria all'art. 7 Cedu la riforma retroattiva della misura dell'espulsione conseguente ad un reato<sup>188</sup>, mentre nella seconda il riconoscimento del carattere penale della misura di sicurezza detentiva della *Sicherungsverwahrung* ha consentito alla Corte di dichiarare la violazione della stessa disposizione in relazione all'abolizione retroattiva del termine massimo di durata originariamente fissato in dieci anni<sup>189</sup>,

---

conferisca così ampi poteri di confisca ai tribunali persegua ugualmente lo scopo di punire il delinquente. In effetti, gli obiettivi di prevenzione e riparazione si conciliano con quelli di repressione e possono essere considerati come degli elementi costitutivi la nozione stessa di pena». Da notare, precisazione che sarà si rivelerà utile in seguito (v. *infra*, Cap. IV, § 6.3), che nel successivo caso *Phillips c. Regno Unito*, 5 luglio 2001, § 34, veniva negata l'applicazione dell'art. 6, § 2, Cedu al procedimento di applicazione "concreta" della suddetta confisca (fondato su di un'inversione dell'onere della prova) poiché la Corte, tentando di non entrare in contraddizione col precedente *Welch*, riteneva piuttosto non sussistente una nuova "accusa" rispetto a quella con cui si era concluso il procedimento di cognizione e nel quale era stata disposta "in astratto" la misura.

<sup>185</sup> Decisione in cui è stato riconosciuto il carattere penale della c.d. confisca urbanistica, prevista dall'art. 44, 2° comma, del d.p.r. n. 380/2001 (c.d. testo unico dell'edilizia), in quanto «la misura intende essenzialmente punire per impedire la reiterazione della violazione della legge» e «questa conclusione è confermata dalla constatazione che la confisca ha colpito l'85 % dei terreni non costruiti, quindi in mancanza di un reale pericolo per il paesaggio. La sanzione era quindi in parte preventiva e in parte repressiva, quest'ultima generalmente caratteristica distintiva delle sanzioni penali (...). Inoltre, la Corte rileva la gravità della sanzione che, secondo la legge n. 47/1985, colpisce tutti i terreni inclusi nel progetto di lottizzazione, e che, in pratica, ha riguardato 50.000 metri quadrati di terreno. La Corte rileva infine che il testo unico dell'edilizia ha classificato tra le sanzioni penali la confisca prevista in caso di lottizzazione abusiva». Anche per le conclusioni che la successiva sentenza trae circa la lesione del diritto di proprietà previsto dall'art. 1, Protocollo n. 1, il caso *Sud Fondi* appare superare alcune incertezze manifestatesi nei casi *Agosi c. Regno Unito*, 24 ottobre 1986, § 65 e *Air Canada c. Regno Unito*, 26 aprile 1995, § 52, in cui la Corte si accontentava di rilevare che i ricorrenti non erano stati formalmente imputati dei reati che avevano dato luogo all'applicazione della confisca per dichiarare inapplicabile il *volet pénal* dell'art. 6 Cedu.

<sup>186</sup> Sentenza *Jamil c. Francia*, 8 giugno 1996, § 29. In senso analogo, ma per violazione di una garanzia processuale, cfr., *Benham c. Regno Unito*, 10 giugno 1996, § 56.

<sup>187</sup> Cfr. *Malige c. Francia*, 23 settembre 1998, §§ 38 s..

<sup>188</sup> Sentenza *Gurguchiani c. Spagna*, 15 dicembre 2009, §§ 40 ss., dove è stata riconosciuta la violazione dell'art. 7 Cedu a seguito dell'applicazione retroattiva della nuova disciplina dell'espulsione, prima facoltativa e comportante il divieto di reingresso da tre a dieci anni, poi riformulata in base ad una legge successiva alla commissione del fatto che aveva reso la misura stessa "quasi automatica" stabilendo altresì un termine fisso di dieci anni per il divieto di reingresso.

<sup>189</sup> Sentenza *M. c. Germania*, 17 dicembre 2009, § 133 ss., in *Cass. pen.*, 9/2010, 3276 ss., con nota di F. ROCCHI, *Da una decisione sulle misure di sicurezza una possibile ricaduta nell'ordinamento italiano*, nella quale la Corte ha

soluzione poi ribadita in riferimento all'imposizione postuma che caratterizza la *nachträgliche Sicherungsverwahrung*<sup>190</sup>, ma non rispetto all'imposizione della misura al momento della condanna e nel limite di durata di dieci anni originariamente previsto dalla legge<sup>191</sup>; su tali vicende occorrerà tornare a più riprese nella presente trattazione (in particolare, v. *infra*, Cap. III, § 3.3, e Cap. IV, § 6.2).

D'altra parte, esistono misure pur consequenziali alla commissione di un reato – il che dimostra, come si avrà modo di chiarire a breve (v. *infra*, § 3), che tale parametro non è da intendere in chiave meramente cronologica bensì in senso logico-funzionale – rispetto alle quali la Corte ha riconosciuto come sussistente una funzione essenzialmente preventiva e che, quindi, sono state sottratte al concetto di *matière pénale* ed alle relative garanzie, come avvenuto, ad esempio, rispetto alla misura del ritiro immediato della patente prevista per il reato di guida in stato di ebbrezza<sup>192</sup> e, in modo più significativo, relativamente all'istituto dell'obbligo di iscrizione in particolari registri introdotto negli ultimi anni a carico degli autori di reati sessuali in diversi contesti europei<sup>193</sup>. Del tutto analoga – ancorché in un certo senso peculiare, avendo ad oggetto misure applicate *ante* (o meglio *praeter*) *delictum* – anche la giurisprudenza relativa alle misure di prevenzione antimafia previste nell'ordinamento italiano, rispetto alle quali la Corte ha affermato a più riprese che queste non possono essere ricondotte al concetto di *matière pénale* poiché «non implicano un giudizio di colpevolezza ma tendono a impedire la commissione di atti criminali, non potendo quindi essere comparate a una pena»<sup>194</sup>, richiamando così i termini della soluzione adottata nella prima “storica” sentenza *Lawless c. Irlanda*<sup>195</sup> (sul punto, in chiave critica, v. *infra*, Cap. IV, § 6.3).

La pur rapida panoramica giurisprudenziale sinora tratteggiata permette ora di procedere ad un'analisi in cui si tenterà di individuare gli elementi dominanti nella ricostruzione elaborata dalla

---

essenzialmente posto in luce la forte somiglianza delle modalità esecutive rispetto alla normale pena detentiva, oltre che l'oggettiva afflittività della misura e la consequenzialità rispetto ad un reato, ritenendo impossibile riferirsi alla logica meramente preventiva sostenuta dal governo tedesco resistente. La soluzione è stata ribadita di recente nei casi, sempre contro la Germania, *Schummer, Mauter e Kallweit*, del 13 gennaio 2011, e *Jendrowiak*, del 14 aprile 2011.

<sup>190</sup> Cfr. *Haidn c. Germania*, 13 gennaio 2011.

<sup>191</sup> Cfr. *Grosskopf c. Germania*, 21 ottobre 2010, § 50 ss..

<sup>192</sup> Sentenza della Grande Camera *Escoubet c. Belgio*, cit., § 37 ss., i cui profili di *distinguishing* rispetto al caso *Malige*, sopra segnalato, sembrano doversi individuare nel carattere essenzialmente cautelare della misura, nel momento in cui la Corte evidenzia tale profilo distintivo rispetto alla revoca definitiva della patente, applicabile solo all'esito del procedimento penale.

<sup>193</sup> Cfr. le decisioni *Ibbotson c. Regno Unito*, 21 ottobre 1998, e *Adamson c. Regno Unito*, 26 gennaio 1999, § 1 della parte motiva in diritto, e le successive coeve sentenze *Bouchacourt c. Francia*, 17 dicembre 2009, §§ 42 ss., *M.B. c. Francia*, 17 dicembre 2009, §§ 36 ss., e *Gardel c. Francia*, 17 dicembre 2009, §§ 43 ss..

<sup>194</sup> In questi termini la decisione *Riela e a. c. Italia*, 4 settembre 2001, § 2, volta a specificare il precedente orientamento espresso nelle pronunce *Guzzardi c. Italia*, 6 novembre 1980, § 108, *Ciancimino c. Italia*, 27 maggio 1991, e *Raimondo c. Italia*, 22 febbraio 1994, § 43.

<sup>195</sup> Cfr. *Lawless c. Irlanda*, 1 luglio 1961, § 19, in cui l'internamento per alcuni mesi del ricorrente, sospettato di appartenere all'IRA, ancorché disciplinato in fonti entrate in vigore successivamente rispetto ai fatti che ne costituivano il presupposto, non era ritenuto contrario all'art. 7 Cedu proprio in quanto non avente carattere penale. Significativa, come si vedrà, l'eccezionalità riconosciuta dalla Corte alla situazione oggetto del ricorso, tanto da escludere la violazione degli artt. 5 e 6 Cedu sulla base della clausola derogatoria dell'art. 15 Cedu.

Corte europea del concetto di materia penale, non mancando di sottolineare le maggiori criticità che sembrano affiorare da un percorso ermeneutico non sempre coerente e lineare. Prima di procedere in questo senso, tuttavia, appare utile segnalare due orientamenti della Corte europea relativi al concetto di *matière pénale* pur non strettamente legati al problema della qualificazione di un illecito o di una sanzione. Ci si riferisce, in particolare, all'indirizzo giurisprudenziale piuttosto consolidato che vuole la materia dell'esecuzione della pena affrancata dalle garanzie che governano la sua posizione e applicazione – e pertanto inapplicabile l'art. 7 Cedu<sup>196</sup> – rispetto al quale, tuttavia, si registra la “novità” rappresentata dal caso *Kafkaris c. Cipro*, nella quale la Corte cerca faticosamente di conciliare tale posizione con l'estensione di determinate esigenze di *qualité de la loi* ritenute derivanti proprio dall'art. 7 Cedu<sup>197</sup>, nonché un *distinguishing* nella recente sentenza *Scoppola c. Italia*, nella quale è stata riconosciuta la natura penale sostanziale (e non meramente processuale) della norma che disciplina la riduzione di pena a seguito dell'opzione per il rito abbreviato (art. 442, 2° c., c.p.p.) in quanto incidente in concreto sul *quantum* di pena al momento della condanna e non, come avviene nell'esecuzione penale, successivamente<sup>198</sup>. Entrambe le vicende, in effetti, destano più di una perplessità circa la contestualizzazione di effettive violazioni dei diritti dell'imputato e del condannato nel giudizio sull'art. 7 Cedu, sulle quali si tornerà in sede conclusiva (v. *infra*, Cap. IV, § 6.4).

### **3. Osservazioni critiche sull'utilizzo del criterio della natura dell'illecito ai fini dell'estensione dello statuto garantistico penale: il diverso ruolo delle definizioni “sostanziali” di reato.**

Esaminati i lineamenti essenziali della giurisprudenza della Corte sul concetto di *matière pénale*, si può osservare che se, come accennato, la complessa articolazione dei criteri adottati riflette essenzialmente una duplice prospettiva di analisi – incentrata, rispettivamente, sull'illecito commesso e sulla reazione dell'ordinamento –, è la seconda che appare rivelarsi maggiormente significativa.

Tale aspetto si può riscontrare, evidentemente, nella casistica in cui la Corte è chiamata a focalizzare il proprio giudizio su di una singola misura (v. *supra*, § 2.2), in cui la rosa dei criteri

---

<sup>196</sup> Cfr., in particolare, la sentenza *Grava c. Italia*, 10 luglio 2003, § 51, nella quale, a conferma dei precedenti in materia, si osservava come ogni modifica delle modalità di esecuzione della pena non fosse contrastante con l'art. 7 Cedu (anche se peggiorativa) se comunque non eccedente il *quantum* di pena previsto al momento della commissione del fatto e applicato all'esito del giudizio di cognizione.

<sup>197</sup> Cfr. la sentenza *Kafkaris c. Cipro*, 12 febbraio 2008, nella quale, in effetti, si assiste ad un duplice dispositivo ai sensi del quale l'art. 7 Cedu risulta contestualmente violato e non violato dalla legislazione sull'esecuzione della pena cipriota, ritenuta dalla Corte talmente disorganica da giustificare il riconoscimento della violazione della disposizione convenzionale nonostante la, confermata, natura non “penale” della materia.

<sup>198</sup> Cfr. *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, § 113.

adottata prescinde logicamente da ogni considerazione dell'illecito, già qualificato come reato nell'ordinamento interno. In proposito, occorre puntualizzare che il parametro della "consequenzialità rispetto ad una condanna per un reato" – piuttosto che riproporre una certa priorità dell'indagine sul contenuto della disposizione violata, sostituendo logicamente quello della "natura" dell'illecito, e suggerire una qualificazione della sanzione dipendente dal tipo di precetto cui questa è collegata – appare dover essere inteso in senso funzionale e non solo logico-cronologico, ossia come giudizio in cui si valuta se il reale presupposto della misura sia il fatto commesso o una pericolosità (soggettiva o reale) di cui il fatto è solo sintomatico, in una valutazione che tende a sovrapporsi inevitabilmente a quella inerente le finalità della misura (v. *infra*, § 5.2)<sup>199</sup>. Solo tale osservazione permette di comprendere come, ad esempio, in sede conclusiva si potrà accettare la qualificazione preventiva delle misure di sicurezza, le quali presuppongono la commissione di un reato ma a questo non appaiono consequenziali in senso "funzionale" (v. *infra*, Cap. IV, § 6.2; ma si potrebbe considerare analogamente anche il risarcimento del danno da reato, come si vedrà a breve), ed osservare la natura punitiva delle misure di prevenzione antimafia che, anche se disposte *praeter delictum*, in realtà assumono significato proprio come reazione ad un illecito commesso, ma non provato (v. *infra*, Cap. IV, § 6.3).

Anche nelle pronunce in cui la Corte estende il suo sindacato all'intero binomio illecito-sanzione, in effetti, si può notare come la serie di criteri presi in considerazione per individuare la "natura" di un illecito tendano ad assumere un'importanza nell'economia del giudizio della Corte nettamente inferiore rispetto alla valutazione della reazione dell'ordinamento. Come segnalato, rispetto agli illeciti amministrativi e a quelli previsti in materia tributaria risulta oramai consolidato un approccio fondato sulla finalità punitiva della sanzione e in cui il riferimento alla natura dell'illecito, ritenuta penale in virtù della generalità dei precetti e della tipologia di interessi tutelati, sembra per lo più una clausola di stile<sup>200</sup>. Fa eccezione, attualmente, la sola giurisprudenza in tema di illeciti disciplinari nella quale, pur rimanendo del tutto marginali valutazioni inerenti il grado di riprovevolezza e l'intrinseca gravità del fatto commesso<sup>201</sup>, trovano maggior spazio i criteri della

---

<sup>199</sup> Se dovesse rilevare la mera consequenzialità della misura rispetto alla commissione di un reato, in effetti, da un lato si opererebbe un'indebita inversione metodologica, facendo dipendere la qualificazione della sanzione da quella del fatto presupposto e, dall'altro, il criterio perderebbe ogni valenza selettiva, essendo richiamato proprio quando la misura è applicata a seguito di una condanna per un reato (ad esempio, risulterebbero incomprensibili le decisioni della Corte in tema di iscrizione nei registri degli autori di reati sessuali, evidentemente "conseguente" alla commissione di un reato).

<sup>200</sup> Come si osserva in AA. VV., *La «matière pénale»*, cit., 845 s., già nel caso *Öztürk c. Germania*, cit., il criterio della natura dell'illecito è solo apparentemente rilevante assumendo peso decisivo essenzialmente quello della finalità della sanzione, ritenuta immutata dopo il processo di depenalizzazione.

<sup>201</sup> Riprovevolezza e gravità della condotta affioravano, in particolare, nella sentenza *Campbell e Fell c. Regno Unito*, cit., § 71, al fine di dimostrare come gli illeciti oggetto della causa non potessero essere considerati pacificamente disciplinari in quanto rappresentati da condotte anche piuttosto significative che venivano considerate come reato, infatti, al di fuori del contesto carcerario. Nella successiva sentenza della Grande Camera *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, cit., § 104, tuttavia, si poneva il problema di delimitare l'utilizzo di sanzioni alquanto invasive ma applicate

tipologia degli interessi tutelati e della portata non generale del precetto come indici di natura non penale dell'illecito. D'altra parte, si è già avuto modo di notare come spesso tali parametri non abbiano una reale portata autonoma, bensì costituiscano premessa argomentativa finalizzata all'accentuazione, in ultima analisi, della rilevanza della severità della sanzione, decisiva nel caso *Engel* e sempre considerata, se non altro, al fine di corroborare le conclusioni dedotte dall'analisi della natura dell'infrazione<sup>202</sup>. La giurisprudenza in materia carceraria dimostra, peraltro, come proprio il problema del rigore delle *partes de remise de peine* sia riuscito addirittura a mutare l'orientamento dei giudici di Strasburgo sulla qualificazione degli illeciti, ritenuti prima disciplinari e, successivamente, aventi natura "mista" (cfr. *supra*, § 2.1).

In fondo, ben si comprende come la portata particolare del precetto ed il carattere settoriale, o meglio funzionale, degli interessi tutelati stentino ad imporsi come parametri autosufficienti. Il primo appare contrastare, se non altro, con la fondamentale obiezione che ogni sistema penale contempla reati propri ed esclusivi, ossia riferiti a soggetti dotati di uno *status* particolare e che non trovano una corrispondente incriminazione di tipo comune<sup>203</sup>. Parimenti, la natura disciplinare degli interessi tutelati – riconosciuta, ad esempio, in riferimento alle esigenze di corretto funzionamento delle forze armate, di regolare svolgimento delle udienze, di efficace gestione del sistema penitenziario o di regolazione dei rapporti tra individuo e ordine professionale<sup>204</sup> – sembra richiamare una contrapposizione tra tutela di beni e tutela di funzioni che non riflette necessariamente la dialettica tra strumento penale e non penale<sup>205</sup>. Ma ciò che più preme ora rilevare è che se anche la Corte impostasse un discorso intorno ai beni giuridici protetti e alle tecniche di tutela al fine di ricostruire una definizione sostanziale di reato nell'ambito dell'esame sulla natura dell'illecito, questa non risulterebbe funzionale alla determinazione dell'estensione

---

anche rispetto a episodi di violenza scarsamente rilevanti, come lievi scontri tra agenti e detenuti. Si comprende, quindi, come venisse affermato, riprendendo i termini della sentenza *Öztürk c. Germania*, cit., § 53, come niente nella Convenzione implichi un certo livello di gravità della condotta nella valutazione della natura penale dell'illecito.

<sup>202</sup> Nel caso *Engel c. Olanda*, cit., come già osservato, di fronte ad illeciti e sanzioni dello stesso tipo prevaleva una logica tutta incentrata sulla gravità della sanzione minacciata. Ma il peso decisivo della gravità della sanzione, oltre le premesse circa la natura disciplinare dell'illecito, ricorre in tutta la giurisprudenza della Corte in materia. Si pensi ai casi *Ravnsborg c. Svezia*, cit., *Putz c. Austria*, cit., *X c. Regno Unito*, cit., e *Demicoli c. Malta*, cit., nelle quali, in ultima battuta, la motivazione si sofferma puntualmente sulla gravità della sanzione, confermando (in modo piuttosto sospetto) gli esiti della prima valutazione.

<sup>203</sup> Come osservato, ad esempio, in P. VAN DIJK-F. VAN HOOFF-A. VAN RIJN-L. ZWAAK, *Theory and practice*, cit., 544 ss., laddove non ci si esime, peraltro, dal notare l'estrema contraddittorietà con cui è stato usato il parametro della portata del precetto in materia di *contempt of court*, profilo evidenziato anche in D. HARRIS-M. O'BOYLE-C. WARBRICK, a cura di, *Law of the European Convention*, cit., 206, e da E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., 47.

<sup>204</sup> Cfr., in proposito, le sentenze in materia disciplinare segnalate *supra*, § 2.1.

<sup>205</sup> Sul punto, in particolare, cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005, 95 ss., il quale nota come anche la tutela di funzioni possa essere oggetto della normazione penale in relazione al tipo di funzione e alla sua prossimità col bene-scopo protetto. D'altra parte, si può osservare come, nei settori individuati dalla Corte, diversi ordinamenti ricorrono a sistemi di tutela chiaramente qualificati come penali, anche solo facendo riferimento al diritto penale militare che, ad esempio, nell'ordinamento italiano era definito dallo stesso legislatore, prima della riforma del 1956, come sistema di tutela degli interessi dell'amministrazione militare (cfr., sul punto, M. NICOLOSI, voce *Reato militare*, in *Dig. disc. pen.*, 4 ed., XI, Utet, Torino, 1996, 295 s.).

delle garanzie penalistiche e, pertanto, la priorità accordata dai giudici di Strasburgo all'indagine sulla sanzione – a prescindere, per il momento, dalla preferibilità di un approccio *qualitativo* ovvero *quantitativo* – appare, alla luce dello scopo perseguito, sostanzialmente condivisibile.

Con tale osservazione, sia ben chiaro, non si intende certamente sottovalutare l'importanza delle riflessioni volte ad elaborare una definizione “pre-positiva” (o “sostanziale”) di reato, quanto mostrarne la tendenziale estraneità rispetto al problema dell'estensione dello statuto garantistico. Uno sguardo alle teorizzazioni della distinzione ontologica (o qualitativa) tra diritto penale e diritto penale amministrativo – tanto rispetto al binomio reato-illecito amministrativo, quanto relativamente a quello delitto-contravvenzione<sup>206</sup> – permette, infatti, di constatare come queste si muovano su di un campo estraneo allo scopo della giurisprudenza sulla *matière pénale* e, in particolare, sul piano logicamente distinto delle scelte di politica criminale.

Un tentativo di ricostruire in termini sostanziali la distinzione tra settore penale e altri settori punitivi muovendo dalla natura dell'illecito trova, come noto, i propri antecedenti storici nella contrapposizione giusnaturalistica tra delitti e trasgressioni, quale rifrazione di una superiore partizione tra *mala in se* e *mala quia vetita*<sup>207</sup>. In una prospettiva secolarizzata, tale dicotomia tendeva a rifluire nella teorizzazione di Max Ernst Mayer sulle *Kulturnormen* – regole il cui contenuto pregnante deve essere tutelato dal diritto penale in chiave servente e non promozionale,

---

<sup>206</sup> Sul concetto di diritto penale amministrativo radicato sulla contrapposizione tra delitti e contravvenzioni, a fronte di un'art. 39 c.p. che accoglie anche a questo proposito una prospettiva formalistica (a differenza dell'art. 21, 2° c., r.d. n. 6509/1889 che, nella vigenza del codice Zanardelli, rinviava al “carattere dell'illecito”), cfr. in particolare, T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile*, in G. Marinucci-E. Dolcini, a cura di, *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, *passim*.

<sup>207</sup> Già nel saggio di G.D. ROMAGNOSI, *Osservazioni sulla dissertazione del signor avvocato Massa di Mentone, intitolata: della legislazione criminale*, in A. De Giorgi, a cura di, *Opere edite ed inedite di G.D. Romagnosi sul diritto penale*, I, 1841, 483, secondo la nota definizione dei primi come «azioni che in ogni tempo e in ogni luogo vengono reputate come delitti, e che il senso morale e la retta coscienza come tali riprovano» e i secondi come «azioni che le speciali circostanze di un popolo esigono di vietare per la comune sicurezza», poi richiamata da Carmignani, secondo il quale l'origine del diritto penale è la necessità, mentre quella del diritto di polizia è l'utilità di prevenire i delitti (cfr. G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, III, Fratelli Nistri, Pisa, 1832, 285 ss.). Analoga l'impostazione di A.R. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 12° ed. a cura di C.J.A. Mittermaier, Georg Friedrich Heyer, Gießen, 1836, 31 ss., secondo il quale il delitto è lesione di un diritto soggettivo che preesiste al potere pubblico (*Rechtsverletzung*), mentre la contravvenzione trae origine dal potere dello Stato di perseguire mediatamente i suoi scopi («*seinen Zweck mittelbar hinzuwirken*»). Tali impostazioni, di chiara impronta giusnaturalistica, si ponevano nel solco della riflessione di Cesare Beccaria (cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, riedizione a cura di G.D. Pisapia, Giuffrè, Milano, 1973, 83 ss.) che restringeva il novero dei delitti alle lesioni della società, della privata sicurezza del cittadino nella vita e azioni contrarie a ciò che ciascuno è obbligato di fare o non fare in vista del bene pubblico, e si riflettevano a loro volta nel pensiero di Carrara (cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale – Parte generale*, I, 11° ed., Casa editrice libreria “fratelli Cammelli”, Firenze, 1924, 32 ss.) e nella netta distinzione tra *delitti* e *trasgressioni*, volta ad esprimere la divaricazione tra diritto criminale e magistero di polizia, il primo deputato a reprimere i fatti moralmente riprovevoli ed il secondo guidato da principi di utilità. Sul punto, cfr. le osservazioni di T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile*, cit., 432, il quale nota come già nel pensiero di Romagnosi e Carmignani, peraltro, il ricorso al diritto “di polizia” (in termini attuali al diritto penale amministrativo) non rappresentasse necessariamente un abuso dei governi, ma potesse legittimarsi sulla base di un criterio di utilità per il bene pubblico.

mentre al diritto amministrativo è concesso di spaziare nelle sfere culturalmente indifferenti<sup>208</sup> – e, soprattutto, nell’inquadramento del diritto penale come tutela di beni giuridici (paradigmatica, in questo senso, la distinzione tra *Verfassungstrafrecht* e *Verwaltungsstrafrecht* che caratterizza la riflessione di Goldschmidt, fondata sulla contrapposizione tra tutela di beni giuridici, propria del diritto penale, e promozione del benessere, assolta dall’illecito amministrativo<sup>209</sup>), in particolare nelle concezioni “critiche”, piuttosto che “metodologiche” (prive in radice di una valenza prepositiva e autonoma rispetto alle qualificazioni legislative), del *Rechtsgutsbegriff*<sup>210</sup>. In questa direzione, l’elaborazione più compiuta nella letteratura italiana, come noto, è rappresentata dalla *Teoria generale del reato* di Franco Bricola, volta a fondare una definizione pre-legislativa, piuttosto che pre-positiva (in quanto comunque fondata sulla Costituzione in un quadro teorico scevro di ogni venatura giusnaturalistica), di reato, inteso come fatto significativamente lesivo di un valore costituzionalmente rilevante<sup>211</sup>.

Se la riflessione di Bricola, ancorché non accolta in chiave dimostrativa, ha avuto il merito di rilanciare il principio di offensività nel dibattito penalistico italiano – principio che, oltre ad una funzione interpretativa, appare recuperare oggi anche una fondamentale dimensione critica nella prospettiva dello scrutinio di ragionevolezza<sup>212</sup> –, si può osservare come l’idea di reato come offesa

<sup>208</sup> Cfr. M.E. MAYER, *Rechtnormen und Kulturnormen*, Schletter, Breslau, 1903, 23 ss., secondo il quale l’illecito amministrativo è caratterizzato dal fatto che contraddice solo una norma giuridica e non anche una norma di cultura, mentre l’illecito criminale si trova in contraddizione con il dato prepositivo rappresentato dalla *Kulturnorm*. La tesi è stata ripresa nella letteratura italiana soprattutto da A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Cedam, Padova, 1988, 673 ss., che vi intravede il criterio più idoneo per fondare una distinzione qualitativa tra reato e altri illeciti capace di rispecchiare tanto il disvalore di evento quanto quello di azione del primo. Sul punto, tuttavia, cfr. anche le critiche di F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, 76 ss., il quale dubita dell’effettiva capacità critica del concetto rispetto al diritto positivo, rinviando effettivamente ad una lettura metodologica.

<sup>209</sup> Cfr. J. GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, Carl Heynemans Verlag KG, Köln-Berlin-München, 1902, *passim*. Nota A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., 500, come, peraltro, tale impostazione rifugge già ogni tentazione giusnaturalistica, nel momento in cui ammette che il mutamento della coscienza sociale possa comportare un passaggio dell’illecito amministrativo nell’alveo dei delitti.

<sup>210</sup> Ossia nelle concezioni che assumono il bene giuridico come dato pre-positivo che permette di orientare e criticare le scelte di penalizzazione del legislatore. Nella dottrina di lingua tedesca, tale tesi è stata sviluppata, in particolare, da H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1957, e oggi appare richiamata in concezioni a base personale, come quella di W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in L. Philipps-H. Scholler, a cura di, *Jenseits des Funktionalismus*, Decker & Müller, Heidelberg, 1989, i cui legami con le prime riflessioni sul bene giuridico, in particolare di Birnbaum e Von Liszt, sono osservati da V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 19 ss. e M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 1990, 11 ss.. Nelle concezioni “metodologiche”, tradizionalmente ricondotte al pensiero di Binding e nelle quali il bene giuridico non è che l’oggetto di tutela determinato (“creato”) dalla legislazione positiva (un’“abbreviazione dell’idea di scopo”, secondo la nota formulazione di Honig), non si può riscontrare un’autentica definizione sostanziale di reato, dipendendo la stessa dagli oggetti di tutela penale individuati da una volontà legislativa alla quale non si riconoscono tendenzialmente limiti. Sul punto, cfr. le osservazioni ed i relativi riferimenti bibliografici, di V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 25 ss., e F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., 23 ss..

<sup>211</sup> Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, 3 ed., XIX, Utet, Torino, 1973, 15 e *passim*.

<sup>212</sup> Come osserva V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 242 ss., il principio di offensività assume una duplice veste a seconda che funzioni come *categoria* volta a risolvere l’interpretazione concreta della fattispecie penale, ovvero come principio, incardinato nel giudizio di ragionevolezza che, con il suo progressivo espandersi, potrebbe ridargli quella vitalità che per un certo tempo è sembrata smarrita.

qualificata (o come fatto “culturalmente pregnante”) non sia idonea ad incidere direttamente sulla determinazione degli spazi di operatività del principio di legalità. Se è vero che un tratto caratterizzante della *Teoria generale del reato* – ma non di ogni concezione “qualitativa” della distinzione tra diritto penale e penale amministrativo, se solo si considera la differente prospettiva di Goldschmidt<sup>213</sup> – è rappresentato dalla netta esclusione dell’applicabilità delle garanzie penalistiche nel settore degli illeciti amministrativi<sup>214</sup>, si deve considerare che tale conclusione si iscrive in una più ampia costruzione di un modello costituzionale di reato che muove proprio da un preciso isolamento del concetto *pena* nell’ambito degli istituti *lato sensu* punitivi. In particolare, lo statuto garantistico “forte” è legato anzitutto all’idea di sanzione penale come misura restrittiva della libertà personale, la quale a sua volta impone che questa sia destinata a sanzionare fatti lesivi di un bene giuridico di rilevanza costituzionale. In altri termini, non vi è un diretto collegamento tra concezione del reato e estensione delle garanzie che prescindano da un discorso sulla sanzione, passaggio logico non oblietabile: quando si ammette la possibilità di un allentamento dello statuto garantistico a seguito di un processo di depenalizzazione, infatti, si pone la condizione che la sanzione risultante da tale opera di riforma non si risolva in una misura, anche solo potenzialmente, detentiva<sup>215</sup>.

Proprio i processi di depenalizzazione, in effetti, dimostrano come nella prospettiva del diritto positivo sia impossibile determinare l’ampiezza del concetto di materia penale facendo riferimento al contenuto del precetto e, per altro verso, come mantengano un certo significato le definizioni “sostanziali” di reato nell’ottica di una razionalizzazione della politica criminale (sul punto, v. anche *infra*, Cap. IV, § 4.5)<sup>216</sup>. Ciò premesso, anche per quanto osservato in relazione alla

---

<sup>213</sup> Secondo il quale, infatti, pur potendosi ammettere discipline fortemente differenziate nel diritto penale amministrativo quanto a istituti quali imputabilità, colpa, concorso e tentativo, rimaneva ferma l’esigenza del rispetto del principio del *nullum crimen sine lege* (nonché il diritto alla tutela giurisdizionale). Cfr., sul punto, J. GOLDSCHMIDT, *La contravvenzioni e la teoria del diritto penale amministrativo*, in *Per il cinquantenario della "rivista penale" fondata e diretta da Luigi Lucchini*, Tipografia dell’unione arti grafiche, Città di castello, 1925, 413.

<sup>214</sup> Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale*, cit., 45 s., e ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. De Acutis-G. Palombarini, a cura di, *Funzioni e limiti del diritto penale*, Cedam, Padova, 1984, 6.

<sup>215</sup> Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale*, cit., 48, e ID., *Tecniche di tutela*, cit., 67 ss. e 78, in cui si sottolinea il legame tra fissazione dei principi costituzionali e idea di pena detentiva o comunque restrittiva della libertà personale, escludendo che, in ogni caso, la sanzione amministrativa possa comportare una restrizione della libertà personale, pur non essendo tale concetto così esteso da includere, in via di principio, le sanzioni interdittive. In particolare, alla tesi di P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 63, volta ad estendere il principio di legalità anche all’illecito depenalizzato in quanto punitivo, si replicava che tale prospettiva non teneva conto del fatto che la condizione dell’arresto era proprio il contenuto non restrittivo della libertà personale della sanzione.

<sup>216</sup> Tale duplice aspetto dei processi di depenalizzazione è chiaramente riscontrabile nella letteratura successiva alla legge n. 689/1981. Da un lato, infatti, a fronte dell’impossibilità di tracciare nel quadro legislativo una netta distinzione tra illecito amministrativo e reato sulla base di una diversa natura degli illeciti – fondamentali, sul punto, le osservazioni di G. VASSALLI, voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, 798 s. – viene a più riprese osservata l’imprescindibilità dell’accoglimento di una concezione formale nella prospettiva *de iure condito*, così nei termini di F.C. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. pen.*, 1986, 37, e C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1988, 7 ss. e 72 ss.; più di recente riprendono tale

riflessione di Bricola, si deve ritenere che, in chiave di determinazione dell'estensione delle garanzie penalistiche, sia imprescindibile il riferimento alla prima prospettiva, ossia al tipo di conseguenza giuridica collegata dall'ordinamento alla commissione di un illecito e, quindi, ad una concezione "formale" di reato<sup>217</sup>. Dopotutto, come potrebbe il principio di legalità non operare rispetto ad una severa reazione punitiva (ad esempio, privativa della libertà personale) ancorché prevista per il più bagatellare degli illeciti? E, per quanto detto, lo stesso discorso deve ritenersi valido anche in relazione alle teorie quantitative fondate su di un criterio di gravità del fatto (dato che talvolta, come si è visto, è affiorato anche nella giurisprudenza della Corte europea) piuttosto che su di una diversità ontologica degli oggetti di tutela, incapaci di fornire alcuna indicazione sullo spettro di operatività del principio di legalità<sup>218</sup>.

Peraltro, occorre puntualizzare che una concezione formale di reato non comporta necessariamente l'adesione ad una ricostruzione nominalistica del concetto di sanzione penale,

---

osservazione, proprio nel vagliare la possibilità di enucleare un significato di materia penale a livello europeo, F. CONSULICH, *"Materia penale" e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 68, e G. SALCUNI, *La nozione comunitaria di pena: prelude ad una teoria comunitaria del reato?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 202 ss.. Per altro verso, anche in relazione alla circolare della Presidenza del Consiglio del 19 dicembre 1983, proprio a seguito dei processi di depenalizzazione si riscontra un rinnovato interesse, a volte anche una maggior fiducia, nella funzione critica delle distinzioni sostanziali tra diritto penale e diritto penale amministrativo, proprio nei termini di C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 318 ss., o di C.F. PALAZZO, *I criteri*, cit., 37, il quale osserva, con riguardo alle concezioni formali, che «se con ciò si intende alludere all'impossibilità per l'interprete, in sede applicativa, di desumere la c.d. "natura giuridica" dell'illecito da nient'altro se non dalla sua disciplina formale, l'affermazione è incontestabilmente esatta. Ma se, invece, ci si pone sul piano logicamente antecedente della politica legislativa, a noi non pare oggi né opportuno né corretto teorizzare il principio che il legislatore possa procedere al riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, se non arbitrariamente, certo "scriteriatamente", cioè senza la guida di un qualche sia pur elastico criterio orientativo»; un tentativo di rintracciare tali criteri orientativi caratterizza così i commenti di E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 606 ss., e di T. PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Ind. pen.*, 1986, 952 ss.. Sull'analoga esigenza di riconsiderare i confini tra le due sfere sanzionatorie nella letteratura tedesca, dopo l'entrata in vigore della legge sulle *Ordnungswidrigkeiten* del 24 maggio 1968, cfr. E. DOLCINI-C.E. PALIERO, *L'illecito amministrativo (Ordnungswidrigkeit) nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1138 ss.

<sup>217</sup> Paradigmatici i termini di G. DELITALA, voce *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, 1095, secondo il quale «le fattispecie penali possono avere il più diverso contenuto; non conta la natura del rapporto regolato ma il modo col quale l'ordinamento reagisce nei confronti di coloro che hanno realizzato i fatti descritti da queste norme. Se nei confronti di chi commette un determinato fatto è prevista, come conseguenza giuridica, l'applicazione di una pena, ci troviamo di fronte ad una norma penale. Ciò significa, altresì, che non esiste un diritto penale naturale. È il legislatore che nella categoria praticamente infinita degli atti illeciti scevera quelli che debbono essere sanzionati penalmente ed imprime ad essi il carattere di reato».

<sup>218</sup> L'approccio quantitativo caratterizza, ad esempio, la riflessione della Scuola positiva, sulla scorta della funzione preventiva che deve caratterizzare l'intero sistema giuridico, incompatibile con una distinzione, in termini sostanziali, tra reati e illeciti amministrativi, da cui derivava la nota definizione delle contravvenzioni come delitti "nani". Sul punto, cfr. le considerazioni di T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile*, cit., 441. Più di recente, un approccio quantitativo appare ripreso da F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., 170 ss., nella sua critica alle diverse ricostruzioni ontologiche del concetto di reato. Nella letteratura tedesca, una concezione quantitativa della differenza tra i due tipi di illecito risulta recepita, in epoca recente, nel manuale di H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*, 5° ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, 58 s., secondo i quali l'illecito amministrativo condivide con il reato una funzione di tutela di beni giuridici o interessi amministrativi ma, di regola, considera un grado di pericolosità della condotta inferiore (*ein geringer Gefährlichkeitsgrad*). È evidente, tornando sui nostri passi, che anche le tesi quantitative, se slegate da un riferimento alla tipologia di sanzione, non riescono a predicare alcunché circa l'estensione delle garanzie penalistiche.

quale quella accolta nell'art. 17 c.p., poiché l'opzione tra una definizione formale ed una sostanziale di pena si pone su di un piano logico affatto distinto<sup>219</sup>. Porre l'accento sulla considerazione di un determinato illecito da parte dell'ordinamento, infatti, non implica un'adesione acritica alla qualificazione nominalistica della sanzione che dallo stesso ordinamento è offerta. Tale profilo è evidente proprio nella giurisprudenza della Corte europea sulla *matière pénale* poiché, se è vero che l'indagine sulla natura dell'illecito rimane, come si è detto, tendenzialmente sullo sfondo, a ciò fa da contraltare una definizione "sostanziale" di pena particolarmente incisiva e del tutto indifferente rispetto alle qualificazioni nazionali. Se si eccettuano le incertezze che si registrano in materia disciplinare – le quali, come in precedenza si è avuto modo di segnalare, costituiscono uno dei profili maggiormente critici della giurisprudenza di Strasburgo (v. anche *infra*, Cap. IV, § 4.4) – il concetto autonomo di *matière pénale* ai sensi dell'art. 7 Cedu non è altro che un concetto autonomo di *peine*, indifferente rispetto alla natura e alla gravità dell'illecito. La vera divergenza tra un'impostazione come quella di Bricola, o più in generale come quella che caratterizza gran parte della manualistica italiana, e gli approdi della Corte europea si misura essenzialmente sul concetto di sanzione penale e, come si vedrà, appare ruotare intorno alla distinzione tra le categorie punizione e pena, piuttosto che su un inquadramento sostanziale del reato (v. diffusamente *infra*, Cap. IV, § 4.1).

Si può incidentalmente notare, inoltre, come la definizione di una sistematica delle sanzioni penali e delle relative garanzie appaia logicamente prioritaria rispetto ad ogni teorizzazione sulla distinzione qualitativa o quantitativa tra reati e illeciti amministrativi. Lo statuto garantistico di una misura, infatti, può essere ricostruito a prescindere dal rango degli interessi lesi e dalle modalità di lesione e solo sulla base dei caratteri propri della misura stessa, mentre ogni considerazione sulle scelte di politica criminale richiede una preesistente sistematica delle sanzioni: per indicare che cosa punire, infatti, appare necessaria una previa individuazione del concetto di pena<sup>220</sup>.

In fondo, le garanzie penalistiche hanno come finalità essenziale quella di individuare le condizioni minime di operatività della sanzione, rimanendo estranee le valutazioni inerenti gli scopi di tutela della stessa, alle quali spettano funzioni di guida della politica criminale. L'approccio della Corte europea, in effetti, è quello che si sposa meglio con le finalità da essa perseguite, poiché non

---

<sup>219</sup> Come osservava, peraltro, lo stesso G. DELITALA, voce *Diritto penale*, cit., 1095 s., che pur riproponeva l'adesione ad un impianto formalistico anche relativamente a questo ulteriore profilo. Non sempre, in effetti, nella letteratura la distinzione logica tra definizione formale di reato e definizione formale di pena appare nitida, cfr., ad esempio, A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, 771 s., ma anche F. CONSULICH, "*Materia penale*", cit., 71 s., nel momento in cui sembra veicolato su di un unico piano logico il problema della definizione sostanziale e formale di materia penale.

<sup>220</sup> In proposito, cfr. anche G. SALCUNI, *La nozione comunitaria di pena*, cit., 201 ss., che osserva come il concetto materiale di pena attenga all'essere dell'area penalmente rilevante e, viceversa, l'idea di lesione di un bene giuridico riguardi il profilo del dover essere, di talché è logicamente prioritario definire che cos'è una pena prima di interrogarsi circa l'opportunità di tutela penale di un determinato bene.

discute il tipo di reazione prescelto dal legislatore per un certo illecito, ma si limita a far rispettare i limiti che discendono dall'opzione per la risposta punitiva, evitando che questi possano essere aggirati mediante qualificazioni strumentali. Breve: ciò che conta non è che cosa viene punito, ma come si reagisce all'illecito. In questo senso si comprende un orientamento che è giunto a porre sullo stesso piano la più modesta delle *Geldbussen* ed una pena detentiva di lunga durata, ma su di uno logicamente diverso misure di sicurezza o preventive volte a contrastare fenomeni criminali particolarmente significativi; solo guardando all'oggetto di tutela, ad esempio, «tanto la pena quanto le misure di sicurezza sono sanzioni penali perché tanto l'una che l'altra costituiscono mezzi di lotta contro il reato»<sup>221</sup>.

Per altro verso, si può notare sin d'ora che se la valutazione della natura dell'illecito rimane estranea al giudizio circa l'*an* dell'applicabilità del principio di legalità, questa finisce per incidere inevitabilmente sul concreto atteggiarsi dello stesso<sup>222</sup>. Si osserverà nel capitolo successivo, in particolare, come il giudizio di prevedibilità della legge penale potrebbe condurre finanche ad un recupero delle istanze “sostanziali” proprie del principio di offensività, paralizzando l'applicazione di illeciti di “mera creazione legislativa”, ma che più frequentemente è dato riscontrare una lesione delle prerogative soggettive, nel momento in cui il giudizio di tipicità “formale” viene inquinato da valutazioni inerenti la “naturalità” del reato (v. ampiamente *infra*, Cap. III, § 4).

#### ***4. La severità della sanzione come criterio meramente quantitativo: fragilità e possibilità di recupero delle logiche flou.***

L'osservazione secondo la quale l'operatività del principio di legalità non può che dipendere dal tipo di reazione configurata in un ordinamento in relazione alla commissione di un illecito, a prescindere da ogni valutazione sulla natura del precetto violato, permette di restringere il campo di indagine sul problema della qualificazione della sanzione. Come osservato, d'altra parte, la valutazione delle conseguenze giuridiche, se non altro in termini di severità, gioca un ruolo importante (talvolta decisivo) anche nella casistica in cui la Corte opta per la natura non penale (e, quindi, solitamente disciplinare) dell'illecito. Ora, si nota immediatamente come i giudici di

---

<sup>221</sup> In questi termini G. DELITALA, voce *Diritto penale*, cit., 1096. Peraltro, che le misure di sicurezza dovessero essere sullo stesso piano delle pene nell'ottica della *ratio* di tutela di determinati oggetti, interessi sociali e individuali, era conclusione cui già perveniva in termini puntuali A. ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in A. Rocco, *Opere giuridiche - III - Scritti giuridici vari*, Società editrice del “Foro italiano”, Roma, 1933, 718 ss.. In senso analogo, cfr. le osservazioni di G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 297 ss..

<sup>222</sup> Cfr. sul punto, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2001, 424, i quali, al termine di una “demolizione” delle concezioni sostanziali di reato di matrice etica, anche in chiave di indirizzo della politica criminale, riconoscono nella tematica dell'errore sulla legge penale un'evidente intersezione dei piani tra diritto e morale.

Strasburgo “osservino” la sanzione attraverso una duplice prospettiva, qualitativa e quantitativa, nella quale trovano spazio sia l’indagine sulle finalità della misura adottata, sia l’apprezzamento della sua severità.

L’elaborazione dei criteri quantitativi e qualitativi, in effetti, è condizionata dal mancato accoglimento della portata autonoma e decisiva dell’argomento del sacrificio della libertà personale che, come segnalato, viene solo indirettamente recuperato nell’ambito dell’indagine sulla severità della sanzione, di talché se in diverse pronunce si afferma che la natura detentiva della sanzione costituisce indice presuntivo di un grado di severità tipicamente “penale”<sup>223</sup>, non mancano ipotesi in cui misure patrimoniali suscettibili di conversione in pena detentiva sono state considerate non penali ovvero in cui è stata accolta la qualificazione disciplinare di misure custodiali in virtù della loro relativa brevità<sup>224</sup>. Tale soluzione si spiega probabilmente alla luce del fatto che nei diversi sistemi europei, nei quali comunque il paradigma custodiale mantiene una certa centralità, il discrimine tra sanzioni penali ed extrapenali non assume come riferimento indefettibile l’*argumentum libertatis*, il quale assiste ad una definitiva perdita di spessore soprattutto nella prassi applicativa<sup>225</sup>, così da imporre, anche nell’ordinamento italiano, un ripensamento dei criteri in grado di isolare un concetto di pena nell’ambito degli istituti punitivi (v. *infra*, Cap. IV, § 4.5).

Se, come si vedrà, la stessa analisi sulle funzioni della pena risente evidentemente dell’abbandono del paradigma detentivo (v. *infra* § 5.2), occorre ora prendere atto che questo comporta il contestuale venir meno di quello che si è rivelato storicamente un utile appiglio per la determinazione di una soglia di severità rilevante della sanzione, con inevitabili derive verso soluzioni arbitrarie che caratterizzavano già la celebre pronuncia *Engel*. In particolare, in quel caso la Corte, dopo aver risolto in senso disciplinare l’accertamento della natura degli illeciti e aver riscontrato l’identità di tipologia e natura delle sanzioni inflitte ai cinque ricorrenti (ritenute repressive e privative della libertà, salvo nel caso del ricorrente van der Wiel), accoglieva

---

<sup>223</sup> Come segnalato (v. *supra*, § 2.1), la sanzione privativa della libertà personale è presunta “penale” se “apprezzabilmente pregiudizievole” per natura, durata o modalità di esecuzione, nei termini delle sentenze *Galstyan c. Armenia*, cit., §§ 59 ss., e *Ashughyan c. Armenia*, cit., § 51.

<sup>224</sup> Nel primo senso, i già segnalati casi *Ravnsborg c. Svezia*, cit., § 35, e *Putz c. Austria*, cit., § 33. Nella seconda casistica, oltre a numerose decisioni della Commissione, la storica sentenza della Corte *Engel c. Olanda*, in relazione a quanto motivato a proposito del ricorso del soldato Engel.

<sup>225</sup> Sulla portata relativa del criterio dell’incidenza sulla libertà personale nella definizione dei sistemi sanzionatori penali europei, cfr. G. FORNASARI-A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, 2° ed., Cedam, Padova, 2008, 118 ss., e, dal punto di vista reciproco della definizione dei sistemi sanzionatori amministrativi, la sintesi comparatistica di M. DELMAS-MARTY, *I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto amministrativo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 738 ss., in cui si osserva come diversi ordinamenti europei adottino sanzioni privative della libertà personale anche in ambito extrapenale e non solamente nella prospettiva di garantire il pagamento della sanzione pecuniaria amministrativa. Quanto al carattere recessivo dell’*argumentum libertatis* dal punto di vista prasseologico, si vedano le osservazioni di M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, 49, ed in particolare i riferimenti comparatistici di cui alla nota 5, nei quali è evidente il ruolo marginale della pena detentiva non solo negli ordinamenti continentali ma anche in quelli anglosassoni.

esclusivamente le doglianze dei ricorrenti Wit, Dona e Schul, poiché nei loro confronti il massimo della sanzione minacciata veniva a corrispondere a tre o quattro mesi, mentre nel caso del soldato Engel la misura applicabile non consisteva che in pochi giorni di *arrêts de rigueur*. Ora, se è evidente la differenza di severità tra le suddette sanzioni, affiora chiaramente il limite connaturato ad ogni criterio meramente quantitativo, ossia l'impossibilità di determinare una soglia di rilevanza che non celi una certa arbitrarietà, come illustrato dal c.d. "paradosso del sorite", paradigmatica rappresentazione delle logiche di appartenenza non *standard* (anche denominate *flo* o *fuzzy*)<sup>226</sup>. Declinato in relazione al caso *Engel*, l'interrogativo che affiora dal paradosso di Eubulide può esser riproposto in questi termini: ammesso che due giorni di arresto non costituiscano una sanzione di una severità apprezzabile tale da giustificare l'attrazione nel concetto di *matière pénale* e che, viceversa, tale caratteristica sussista in riferimento alla sanzione di tre mesi di assegnazione ad un'unità disciplinare, qual è la soglia oltre la quale è possibile qualificare la misura custodiale come pena?

Emerge, quindi, un primo inconveniente nell'utilizzazione del criterio della severità nella qualificazione della sanzione: se questo ben si presta ad ammettere graduazioni e comparazioni (in termini di maggiore o minore severità tra due sanzioni, soprattutto se omogenee), infatti, non sembra possibile l'individuazione di una soglia di rilevanza in grado di scongiurare il rischio connaturato alle logiche *flo*, ossia quello della latente arbitrarietà<sup>227</sup>. A queste condizioni, è evidente che tale tipo di modello mal si attaglia ad un giudizio di stampo dicotomico quale quello relativo alla sussistenza della *matière pénale*, che si deve concludere con una statuizione di appartenenza-non appartenenza (e, quindi, di applicabilità-non applicabilità dell'art. 7 Cedu) piuttosto che con una valutazione di maggiore o minore "vicinanza".

---

<sup>226</sup> In una delle tante versioni in cui è stato declinato il paradosso, Eubulide di Mileto pone l'interrogativo se, dato un mucchio di sabbia, tolto un granello possa ancora definirsi un mucchio ciò che ne resta e, a fronte della prevedibile risposta positiva, procede a togliere un granello di sabbia alla volta e a riproporre puntualmente la stessa domanda. Ora, se è evidente che nel momento in cui non rimane più che un granello, il "mucchio" può dirsi effettivamente venuto meno, per colui che è stato interrogato diventa impossibile stabilire, se non arbitrariamente, il momento esatto in cui il "mucchio" ha cessato di essere tale. Sulle logiche *fuzzy*, teorizzate compiutamente da Lofti A. Zadeh e fondate su di un concetto "graduato" di appartenenza ad un dato insieme piuttosto che sull'impianto dicotomico della logica formale, improntata al principio aristotelico di non contraddizione e ai relativi corollari rappresentati dai principi di identità e del terzo escluso, cfr. lo studio di ARN. KAUFMANN, *Introduction to the theory of fuzzy subsets*, I, Academic Press, New York-San Francisco-London, 1975, ed in particolare, a fronte della vastità delle applicazioni matematiche, le notazioni in termini generali alle pagine 1 e ss., 191 ss.

<sup>227</sup> Come osserva M. DELMAS-MARTY, *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la "logique du flo"*, in *R. droit pén. crim.*, 1992, 1041 ss., l'unico modo di superare i rilievi critici mossi alle logiche non *standard* sta nella possibilità di ricondurle ad un giudizio di tipo binario mediante la determinazione di una soglia di compatibilità rilevante. Il punto, tuttavia, è che proprio la severità della sanzione costituisce un parametro che sembra rendere impossibile tale recupero, rendendo la questione (nei termini dell'Autrice) inesorabilmente "indécidable". E certamente si deve condividere l'osservazione secondo la quale tale prospettiva rimane comunque preferibile all'ancor più arbitraria qualificazione nominalistica, ma la vera sfida della definizione "sostanziale" della nozione di *peine* sta nella capacità di fondare un giudizio che sia in grado non solo di prescindere dal dato formalistico di provenienza nazionale, ma anche di non presentarsi come intuitivo e fondato su modelli valutativi meramente quantitativi.

Si può osservare, in effetti, che la vaghezza del riferimento alla severità della sanzione potrebbe essere in qualche modo ridimensionata se la Corte europea mantenesse fede all'affermazione secondo la quale è sufficiente che uno solo degli *Engel criteria* risulti soddisfatto perché si possa procedere ad applicare le disposizioni che la Convenzione prevede in materia penale (v. *supra*, § 2.1) poiché, in questo modo, l'esito del giudizio finirebbe per dipendere dal giudizio dicotomico sulla finalità punitiva o preventiva della misura. Sennonché, come si è avuto modo di notare, nella giurisprudenza in materia disciplinare la Corte appare "dimenticare" l'analisi teleologica e, invece, formulare una valutazione combinata tra natura dell'illecito e severità della sanzione nella quale, a causa della già segnalata debolezza del primo riferimento, finisce per giocare un ruolo di primo piano soprattutto il secondo. In questa prospettiva, da un lato non si comprendere il motivo per cui non possano essere considerate apprezzabilmente severe sanzioni quali l'obbligo di dimissioni o l'espulsione da un ordine disciplinare<sup>228</sup> e, dall'altro, si può notare come tutta la vaghezza del concetto di severità si rifletta in materia di ammende convertibili in restrizioni della libertà personale, in cui misure del tutto analoghe sono state qualificate in modo alquanto contraddittorio<sup>229</sup>, facendo peraltro rilevare, in alcuni casi, l'esistenza della pena alternativa dell'arresto come indice di severità, altre volte ignorando tale circostanza<sup>230</sup>. In definitiva, come è stato osservato, «non è ancora chiaro quanto sufficientemente severe debbano essere le sanzioni disciplinari affinché l'art. 6 e l'art. 7 Cedu siano considerati applicabili»<sup>231</sup>.

Ma il parametro della severità della sanzione manifesta criticità a prescindere dalla sua vaghezza, che potrebbe essere superata – come è storicamente avvenuto nell'ordinamento italiano – attraverso un riferimento, ad esempio, all'incidenza sulla libertà personale per determinarne una soglia rilevante. Il punto è che l'applicazione del principio di legalità non può dipendere da un giudizio

<sup>228</sup> Cfr., ad esempio, le decisioni *X c. Regno Unito*, cit., e *Wickramsinghe c. Regno Unito*, cit.. In proposito, nota P. LAMBERT, *Les droits relatifs à l'administration de la justice disciplinaire dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1998, 174, che la limitazione delle garanzie processuali in ragione dell'"importanza" della sanzione pronunciata all'esito di una procedura disciplinare sia inopportuna, non potendo essere il diritto all'onore di una carriera senza pecche in qualche modo "misurato", auspicando così un'estensione progressiva del raggio operativo delle garanzie convenzionali (nel quadro di una riflessione sulle prerogative processuali civilistiche ma estendibile anche allo statuto garantistico penale).

<sup>229</sup> In particolare, nel caso *Weber c. Svizzera*, cit., § 34, l'ammenda di 500 franchi svizzeri convertibile direttamente in arresto in caso di mancato pagamento era ritenuta significativamente severa, mentre nei casi *Ravnsborg c. Svezia*, cit., § 35, e *Putz c. Austria*, cit., § 33, sanzioni consistenti, rispettivamente, in 1000 corone svedesi convertibili in ipotesi di mancato pagamento ovvero di sussistenza di ragioni di interesse pubblico e ammende di 5000, 7000 e 10000 scellini austriaci (peraltro, due effettivamente convertite in arresto, ancorché la misura non fosse poi stata eseguita) non erano giudicate sufficientemente severe, nel secondo caso anche in ragione della brevità della misura detentiva potenzialmente applicabile.

<sup>230</sup> Dalla descrizione del diritto interno applicabile nel caso *Putz c. Austria*, cit., § 19, ad esempio, emerge che per l'infrazione in udienza era possibile applicare anche in via diretta l'arresto fino a otto giorni, ma tale circostanza non appare valorizzata nella motivazione in diritto della sentenza, mentre nel caso *Demicoli c. Malta*, cit., § 34, si notava, al fine di dimostrare la natura penale dell'infrazione, come questa potesse potenzialmente essere sanzionata con l'arresto, ancorché fosse applicata una pena pecuniaria di 250 lire maltesi.

<sup>231</sup> In questi termini P. VAN DIJK-F. VAN HOOF-A. VAN RIJN-L. ZWAAK, *Theory and practice*, cit., 552 (corsivo aggiunto).

meramente quantitativo sull'invasività della sanzione, bensì trova fondamento – per come intimamente legato alla formulazione di un giudizio di rimprovero imposta dal principio di colpevolezza<sup>232</sup> – in un dato qualitativo che, come si vedrà, è individuabile nel suo contenuto “volutamente” afflittivo (v. *infra*, § 5.3, e Cap. III, § 3.2). Solo in questa differente prospettiva può essere parzialmente recuperato il valore delle logiche *flou* dato che, come si vedrà, anche la determinazione della finalità di una misura non può prescindere da valutazioni sul “grado di appartenenza”<sup>233</sup> le quali, tuttavia, si riflettono su di un piano (non meramente quantitativo bensì) qualitativo-quantitativo. Pertanto, a prescindere dal problema dell'individuazione di un grado rilevante di incidenza sui diritti fondamentali (ciò che condurrà in sede conclusiva a condividere il mancato accoglimento dell'*argumentum libertatis* da parte della Corte europea, v. *infra*, Cap. IV, § 4.1), non può che essere rigettato il criterio della severità della sanzione come qualificante, pur riconoscendo il merito alla “scommessa del *flou*” di aver favorito il processo di superamento delle qualificazioni interne – proprio attraverso il criterio della severità che, nella sua “intuitività”, permetteva nel caso *Engel* una prima discussione delle scelte dei legislatori nazionali –, così aprendo alla possibilità di elaborare un concetto europeo di sanzione penale, in particolare in sede comunitaria (v. *infra*, Cap. IV, § 5)<sup>234</sup>. Tuttavia, in una diversa fase storica caratterizzata dalla costruzione di un sistema di diritto penale europeo e in cui si assiste ad una progressiva istituzionalizzazione dei rapporti tra Unione europea e Corte dei diritti dell'uomo, i tempi appaiono maturi per il superamento di una prospettiva *fuzzy* e la rivalutazione di criteri improntati alla logica formale (l'unica valida in chiave ricostruttiva) senza che ciò implichi un appiattimento sul parametro nominalistico<sup>235</sup>.

<sup>232</sup> Sul punto, cfr. quanto si dirà nel capitolo successivo circa i rapporti tra colpevolezza e legalità nella disciplina dell'ignoranza inevitabile della legge penale (in particolare, v. *infra*, Cap. III, §§ 3.1).

<sup>233</sup> In particolare, come si vedrà, nel giudizio di prevalenza tra funzioni punitive e preventive (v. *infra*, Cap. IV, § 6.1).

<sup>234</sup> La “scommessa del *flou*” caratterizza, come noto, la riflessione di M. Delmas-Marty, che assume proprio il sistema giuridico dei diritti dell'uomo come matrice per scardinare la rigidità dei codici penali e discuterne le definizioni “chiuse”, così da consentire il processo di armonizzazione dei sistemi penali europei. Uno dei momenti di riflessione critica è rappresentato proprio dalla discussione del paradigma detentivo del concetto di pena che, nell'analisi dei modelli in divenire, viene osservato attraverso la lente dei giudici di Strasburgo notando, rispetto ai primi casi sintomatici (*Engel, Öztürk, Campbell e Fell*) la capacità dell'approccio graduale *flou* di riuscire a ricondurre ad un sistema di riferimento “specificabile” (la materia penale) tre ipotesi pur così fortemente eterogenee (cfr. M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit - Du code pénal aux droits de l'homme*, Presses universitaires de France, Paris, 1986, edito in Italia a cura di F.C. Palazzo e tradotto da A. Bernardi, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1992, 267 ss.). La cifra “positiva” della dimensione *flou* dei diritti dell'uomo, ossia la capacità di armonizzare norme appartenenti a ordinamenti giuridici differenti tra di loro ed in riferimento al diritto sovranazionale e qualificare la stessa ampiezza del diritto penale, è riconosciuta, d'altra parte, anche in una recente rilettura critica del pensiero di Mireille Delmas-Marty (cfr. F. PUPPO, *Logica fuzzy e diritto penale nel pensiero di Mireille Delmas-Marty*, in *Criminalia*, 2009, 638).

<sup>235</sup> Nota F. PUPPO, *Logica fuzzy*, cit., 641 ss., come, in effetti, il principio di contraddizione aristotelico abbia valenza universale e non possa essere fondamentalmente ridiscusso e come la critica dei sostenitori delle logiche giuridiche *flou* abbia, per lo più, come obiettivo la deriva identitaria di stampo kelseniano a cui questa ha assistito negli ordinamenti giuridici moderni.

In questo senso, deve essere sicuramente salutata con favore la riaffermazione della giurisprudenza *Öztürk* ad opera della *Grande Chambre* nella sentenza *Jussila*, nel momento in cui rigetta l'argomento affiorato nel precedente *Morel c. Francia* – tutto incentrato sull'“*ampleur considérable*” del tasso percentuale e del valore totale delle maggiorazioni d'imposta ai fini del giudizio di predominanza degli elementi di “colorazione penale”<sup>236</sup> – e conferma la centralità del criterio della finalità della sanzione a scapito di ogni considerazione sulla levità della stessa. Solo un'emarginazione del criterio quantitativo della severità della sanzione, infatti, appare in grado di scongiurare derive arbitrarie nel giudizio della Corte (che tuttora si manifestano in materia disciplinare) e, allo stesso tempo, di far affiorare l'autentico fondamento del principio di legalità. E non appare tantomeno condivisibile la “difesa” del canone della severità della sanzione da parte di chi ha ritenuto che un accoglimento dello stesso in chiave sussidiaria rispetto a quello della finalità potrebbe scongiurare esiti valutativi eccessivamente *flou* e, per altro verso, evitare l'effetto di scoraggiamento sui processi di depenalizzazione in Europa che possono derivare dalla giurisprudenza *Öztürk*<sup>237</sup>. Ciò in quanto non solo anche in tale prospettiva non appaiono fugati i rischi di arbitrarietà ma, soprattutto, poiché non sembra fondata l'idea secondo la quale l'elaborazione di un concetto “ampio” di sanzione penale (limitatamente alla determinazione dello statuto garantistico applicabile) possa scoraggiare i fenomeni di depenalizzazione, potendo piuttosto sortire l'effetto contrario (v. *infra*, Cap. IV, §§ 4.4 e 4.5).

## **5. La finalità della sanzione come pietra angolare della definizione del concetto di *matière pénale*.**

### **5.1. La terminologia della Corte e l'esclusione delle misure risarcitorie.**

Occorre soffermarsi, infine, sull'indagine sulle finalità della sanzione, decisiva nella giurisprudenza della Corte in materia di illeciti amministrativi e fiscali ma anche, come segnalato, nella valutazione di singole misure accessorie alla pena prevista per un reato, mentre solo in ambito disciplinare tale profilo appare collocato in secondo piano. Sembra opportuno, a tal proposito, muovere direttamente dalla terminologia adottata dai giudici di Strasburgo nelle sentenze più significative.

In ambito amministrativo, si possono prendere come riferimento, anzitutto, i termini della sentenza *Öztürk*, nella quale si osservava che «la *Geldbusse*, ancorché meno afflittiva della *Geldstrafe*, ne conserva il carattere punitivo, che caratterizza la sanzione penale» e, ancora, che la

---

<sup>236</sup> Cfr. *Morel c. Francia*, cit., nella quale non si mancava di riconoscere il carattere repressivo e preventivo delle misure fiscali.

<sup>237</sup> In questo senso, le osservazioni critiche di AA. VV., *La «matière pénale»*, cit., 821 e 852.

misura «mira a dissuadere e allo stesso tempo a reprimere», avendo uno «scopo in parte preventivo e in parte repressivo»<sup>238</sup>. Nella sentenza *Lauko c. Slovacchia* si può apprezzare una prima specificazione di tale accezione preventiva, nel momento in cui si afferma che l'ammenda costituisce una «sanzione avente il compito di dissuadere il preposto dalla recidiva», avendo quindi «il carattere punitivo che contraddistingue la sanzioni penali»<sup>239</sup>. Analogamente, in materia di illeciti fiscali, la sentenza *Jussila c. Finlandia*, oltre alle segnalate considerazioni circa l'irrelevanza del criterio della severità, sintetizza la prospettiva teleologica che la Corte individua nelle maggiorazioni d'imposta, allorché afferma che «come il Governo ha riconosciuto, le maggiorazioni non tendevano ad una riparazione pecuniaria di un pregiudizio ma miravano essenzialmente a punire per impedire la reiterazione delle condotte incriminate», concludendo per uno scopo «in parte preventivo e in parte repressivo»<sup>240</sup>.

Ulteriori importanti indicazioni provengono dalle sentenze in cui il giudizio è focalizzato su di una misura accessoria rispetto alla pena principale (anche perché “depurate” dall'analisi sulla natura dell'illecito). In materia di confisca, ad esempio, fondamentali risultano le affermazioni della sentenza *Welch c. Regno Unito*, in cui si osservava che «lo scopo preventivo della confisca di beni suscettibili di utilizzazione in operazioni future di traffico di stupefacenti, come quello di garantire che il crimine non paghi, emergono chiaramente (...) tuttavia, non si può escludere che una legislazione che conferisca così ampi poteri di confisca ai tribunali persegua ugualmente lo scopo di punire il delinquente», concludendo che «in effetti, gli obiettivi di prevenzione e riparazione si conciliano con quello di repressione e possono essere considerati come elementi costitutivi della nozione stessa di pena»<sup>241</sup>. Tali considerazioni sono riprese nella decisione di ricevibilità *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, in cui si aggiunge che la misura della confisca urbanistica «non tende alla riparazione patrimoniale di un pregiudizio ma mira essenzialmente a punire per impedire la reiterazione delle violazioni della legge»<sup>242</sup>. Ancora, nella sentenza *Malige c. Francia*, relativa alla decurtazione di quattro punti della patente a seguito di illecito stradale qualificato come penale nell'ordinamento francese, la Corte osservava come, ancorché avente una certa denotazione

---

<sup>238</sup> Cfr. *Öztürk c. Germania*, cit., § 53. Del tutto analoghe le considerazioni nella sentenza *Lutz c. Germania*, cit., § 54, mentre non risultano utili le sentenze di condanna ai danni dell'Austria del 23 ottobre 1995, nei casi *Gradinger*, *Palaoro*, *Pramstaller*, *Pfarrmeier*, *Schaumautzer*, *Umlauf*, in quanto elementi decisivi risultavano la stessa terminologia adottata dalla legislazione austriaca e la possibilità di conversione delle ammende in misure detentive, piuttosto che un'indagine sulla loro finalità. Lo stesso si può dire della sentenza *Anghel c. Romania*, cit., § 52, non relativa alla circolazione stradale.

<sup>239</sup> In questi termini, *Lauko c. Slovacchia*, cit., § 58.

<sup>240</sup> Così *Jussila c. Finlandia*, cit., § 38.

<sup>241</sup> Sentenza *Welch c. Regno Unito*, cit., § 30.

<sup>242</sup> Cfr. *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, cit..

preventiva, la misura conservasse ugualmente un carattere punitivo e dissuasivo, avvicinandosi ad una pena accessoria<sup>243</sup>.

Quando la Corte, viceversa, ha riconosciuto la natura essenzialmente preventiva dell'iscrizione nei registri dei reati sessuali, escludendone la riconducibilità al concetto di *matière pénale*, ha motivato tale conclusione sostenendo che, ancorché tale misura possa essere avvertita come punitiva dal preposto, «l'obiettivo principale di questa obbligazione è d'impedire la recidiva», avendo quindi uno «scopo preventivo e dissuasivo e non potendo essere considerata come avente un carattere repressivo e come costituente una sanzione»<sup>244</sup>. Noto, d'altra parte, il salvataggio del sistema delle misure di prevenzione italiane in quanto, ad avviso dei giudici di Strasburgo, queste «non implicano un giudizio di colpevolezza ma tendono a impedire la commissione di atti criminali, non potendo quindi essere comparate a una pena»<sup>245</sup>.

Da ultimo, nella recente sentenza *M c. Germania* (già annoverabile tra i *leading cases* in materia per l'importanza della questione trattata ed la novità rappresentata dalle conclusioni adottate) sulla misura di sicurezza custodiale della *Sicherungsverwahrung* tedesca si afferma che «anche se si può dire che le pene hanno principalmente uno scopo punitivo mentre le misure di prevenzione tendono essenzialmente alla prevenzione, nondimeno gli obiettivi di queste sanzioni si intrecciano in parte. D'altronde, in ragione della sua durata illimitata, la custodia di sicurezza può di fatto essere inquadrata come una punizione supplementare per il reato commesso e comporta evidentemente un elemento di dissuasione» e, richiamando la sentenza *Welch*, si conclude che «in ogni caso, l'obiettivo di prevenzione può conciliarsi con quello di repressione e può essere considerato come uno degli elementi costitutivi della stessa nozione di pena»<sup>246</sup>.

Stando ad una prima lettura della terminologia impiegata dalla Corte, la descrizione delle finalità della sanzione e, in particolare, la contrapposizione tra i concetti di *punizione* e *prevenzione*, appare piuttosto confusa. Si nota immediatamente, ad esempio, come la finalità preventiva e lo scopo di impedimento della recidiva siano talvolta assunti come carattere proprio della punizione (casi *Lauko*, *Jussila*, *Sud Fondi*), mentre in altre ipotesi posti su di un piano antitetico (nelle pronunce sull'iscrizione nei registri dei *sex offenders*, ma anche nelle argomentazioni delle sentenze *Welch* e *M.*). La stessa idea di riparazione è talvolta contrapposta a quella della punizione (sentenza *Jussila*

---

<sup>243</sup> Cfr. *Malige c. Francia*, cit., § 39. Come già osservato (v. *supra*, § 2.2), l'apparente contraddizione con la successiva sentenza della Grande Camera, *Escoubet c. Belgio*, cit., § 37, appare per lo più dettata dal carattere cautelare riconosciuto alla misura del ritiro immediato della patente rispetto alla sanzione della revoca disposta all'esito del giudizio. Per tale motivo, i termini della sentenza *Escoubet* non appaiono utili in questo momento della trattazione.

<sup>244</sup> Cfr. *Gardel c. Francia*, cit., § 43, ma considerazioni del tutto analoghe sono riportate nelle coeve sentenze *Bouchacourt c. Francia*, cit., *M.B. c. Francia*, cit., e nelle precedenti *Ibbotson c. Regno Unito*, cit., e *Adamson c. Regno Unito*, cit..

<sup>245</sup> Nei termini della già segnalata decisione *Riela e a. c. Italia*, cit., § 2.

<sup>246</sup> Cfr. *M. c. Germania*, cit., § 132.

e, in generale, in tutta la giurisprudenza in materia di sanzioni tributarie), mentre nella sentenza *Welch* viene indicata addirittura come “elemento costitutivo” della nozione stessa di *peine*. Più in generale, i frequenti riferimenti al carattere “repressivo”, “punitivo” o “preventivo” delle misure non appaiono sempre rinviare ad un significato immediatamente afferrabile e, di conseguenza, l’opzione per il riconoscimento della natura punitiva piuttosto che preventiva sembra esposta a logiche intuitive, a maggior ragione se si considera che non è chiaro se la Corte ritenga sufficiente la compresenza di funzioni punitive per attrarre una misura nel concetto di *matière pénale* – ciò che pare essere suggerito dalla sentenza *Welch*, nel momento in cui si nota che, malgrado le funzioni preventive, «non si può escludere che la misura persegua ugualmente lo scopo di punire» – ovvero, viceversa, il giudizio sia impostato in termini di prevalenza, come nei casi dei *sex offenders*, nei quali si sottolinea che, ancorché apparentemente punitivo, l’obiettivo “principale” dell’iscrizione nei registri è quello di evitare la recidiva.

Tuttavia, uno sguardo più attento di tale giurisprudenza, anche alla luce delle circostanze concrete da cui traggono origine le pronunce, fa affiorare alcune direttive di fondo della giurisprudenza della Corte, pur talvolta offuscate da incertezze lessicali.

Anzitutto, appare sostanzialmente recepita una prima grande distinzione tra misure risarcitorie (o restitutorie, reintegrative) e misure che non svolgono un’autentica funzione riequilibrativa dell’ordine economico violato<sup>247</sup>. Tale profilo è particolarmente evidente nelle decisioni in materia di illeciti tributari, nelle quali alle maggiorazioni d’imposta, che pur tendono ad incidere sul medesimo bene offeso dalla condotta vietata (agendo sul patrimonio del reo in favore dell’erario), non viene riconosciuta una vera funzione ricompositiva dello *status quo ante*<sup>248</sup>. In questo senso, alcune perplessità desta la sentenza *Welch* nel momento in cui accenna ad una funzione riparativa “costitutiva” del concetto di pena, ma si può notare come tale ambiguo riferimento venga superato, proprio in materia di confisca, nella successiva decisione *Sud Fondi*, in cui si riafferma una certa dualità tra riparazione e punizione<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> Si nota come tale distinzione fondamentale costituisca il punto di partenza della Corte europea in materia di finalità della pena in AA. VV., *La «matière pénale»*, cit., 837 ss., in cui si osserva come venga essenzialmente ripresa quella distinzione tra misure repressive e restitutive che caratterizza la nota riflessione di Durkheim (cfr. É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, F. Alcan, Paris, 1893, trad., *La divisione del lavoro sociale*, Edizioni di comunità, Milano, 1999, 89 ss.). Nello stesso senso, peraltro, già si esprimeva A. ROCCO, *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, in A. Rocco, *Opere giuridiche - III - Scritti giuridici vari*, Società editrice del “Foro italiano”, Roma, 1933, 449 s..

<sup>248</sup> Così nelle sentenze *E.L., R.L. e J.O.-L. c. Svizzera*, cit., § 46, e *A.P., M.P. e T.P. c. Svizzera*, § 40, si osservava la funzione non meramente restitutoria delle ammende fiscali imposte ai ricorrenti per gli illeciti commessi dal *de cuius* e, conseguentemente, veniva dichiarata illegittima l’operatività delle stesse fuori da un regime di imputazione personale che si poteva giustificare, evidentemente, solo alla luce di una logica riparativa. In generale, la contrapposizione della funzione restitutoria a quella punitiva, ed il riconoscimento della seconda, caratterizza tutta la giurisprudenza della Corte in materia fiscale (cfr. la casistica elencata *supra*, § 2.1).

<sup>249</sup> Cfr. la decisione *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, cit., nella quale, peraltro, tale funzione riparativa viene radicalmente negata, probabilmente anche in ragione del particolare rapporto con l’illecito presupposto, così da rendere improbabile una spiegazione in termini risarcitori della confisca prevista nella legislazione urbanistica italiana,

Ora, premesso che il contenuto afflittivo – inteso come capacità di una misura di incidere negativamente sulla posizione giuridica di un soggetto – costituisce denominatore comune delle sanzioni restitutorie e punitive (in quanto non aventi natura premiale), sembra che l’adesione della Corte alla distinzione “classica” fondata sulla contrapposizione tra finalità riparative e punitive possa essere sostanzialmente condivisa e che, quindi, possano essere escluse dall’operatività del principio di legalità le misure volte a ripristinare la situazione precedente all’illecito, in particolare riequilibrando l’ordine patrimoniale da questo alterato<sup>250</sup>. In effetti, se anche la prospettiva del risarcimento del danno è idonea a svolgere una funzione preventiva (generale e speciale intimidatoria) – ciò che ne permette il puntuale riaffiorare nel dibattito penalistico e una rivalutazione, in particolare, nelle teorizzazioni della prevenzione-integrazione<sup>251</sup> –, occorre notare come l’idea di scopo nelle misure restitutive sia essenzialmente “riflessa” e «nella dimensione generica in cui essa è connaturata all’idea stessa di diritto, come modello virtuale di rapporti intersoggettivi alla cui realizzazione ineriscono determinate tecniche coercitive»<sup>252</sup>, il che consente di escludere, in fin dei conti, anche la natura punitiva del risarcimento del danno non patrimoniale cagionato dal reato<sup>253</sup>. In questo senso, d’altra parte, si può spiegare la progressiva spersonalizzazione dell’illecito civile ed il conseguente spostamento sul terreno del “rischio”<sup>254</sup>, in

<sup>250</sup> Distinzione tradizionale che viene ricondotta al pensiero di Binding da C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 6.

<sup>251</sup> Cfr., sul punto, l’ampia ricostruzione critica di D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, Milano, 1999, 279 ss., e già F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell’ottica del penalista*, in F.D. Busnelli-G. Scalfi, a cura di, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985, 27 ss.. Sul dibattito dottrinale in area germanica, v. anche C. ROXIN, *Risarcimento del danno*, cit., 15 ss., il quale riconosce al risarcimento del danno la capacità di soddisfare le esigenze di orientamento positivo della coscienza collettiva, nonché quelle special-preventive di conciliazione tra autore del reato e vittima.

<sup>252</sup> Nei termini puntuali di T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in F.D. Busnelli-G. Scalfi, a cura di, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985, 60. Condivisibili, pertanto, appaiono le conclusioni alle quali pervengono larghi settori della dottrina sul punto e che escludono la natura “penale” del risarcimento. In particolare, cfr. l’ampia ricostruzione di M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 865 ss.. In effetti, una certa esigenza di mantenimento della distinzione tra sanzioni penali e sanzioni risarcitorie filtra anche nelle aperture di C. ROXIN, *Risarcimento del danno*, cit., *passim* e in particolare 21 s., allorché si delinea un rapporto di autonomia tra le due sfere ed un utilizzo “strumentale” della tutela civilistica da parte dell’ordinamento penale e ci si riferisce esplicitamente ad un “terzo binario” del diritto penale nel quale, in effetti, il principio di colpevolezza non appare ricoprire lo stesso ruolo che questo ha nel “binario” della pena. Per altro verso, come nota lo stesso Roxin, una divaricazione tra riparazione e punizione rimane sullo sfondo anche nelle teorizzazioni abolizioniste, la cui consapevolezza traspare nelle considerazioni di K. LÜDERSEN, *Abschaffen des Strafens?*, Günther, Frankfurt A.M., 1995, trad., *Il declino del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2005, 31 ss., e ID., *La prospettiva della riparazione del danno*, in G. Borrè-G. Palombarini, a cura di, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, FrancoAngeli, Milano, 1998, 146, nel momento in cui si denuncia il problema “specifico” della pena (l’inflizione di un male) contrapposta alla funzione originaria riparativa del risarcimento, talvolta offuscata da chi ne evidenzia i caratteri preventivi. Per una compiuta critica alla stessa utilità dell’ingresso della prospettiva del risarcimento nel quadro penalistico, cfr. H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell’ambito del diritto penale sostanziale*, in M. Pisani, a cura di, *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Giuffrè, Milano, 1991, 284 ss..

<sup>253</sup> Tra tutti, con precise considerazioni anche in ordine alla difficoltà di estendere il principio di legalità, cfr. M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato*, cit., 875 ss.. In senso analogo, v. T. PADOVANI, “Lectio brevis”, cit., 63.

<sup>254</sup> Aspetto che veniva già colto da F. BRICOLA, voce *Teoria generale*, cit., 53, il quale ammetteva, conseguentemente, la piena ammissibilità nell’ordinamento di forme di responsabilità civile sganciate dal requisito dell’imputazione

un sistema codicistico che prevedere il requisito del dolo o della colpa come regola generale ma che comunque ammette deroghe all'imputazione soggettiva e, addirittura, a quella personale<sup>255</sup>.

Rispetto alla negazione del carattere punitivo del risarcimento del danno (patrimoniale e non) occorrono, tuttavia, due puntualizzazioni. Anzitutto, ai fini del riconoscimento della natura risarcitoria di una misura non appare sufficiente la circostanza che l'importo della sanzione sia calcolato in funzione dell'alterazione economica cagionata dall'illecito, potendo ben costituire tale meccanismo espressione di un'istanza di proporzione quale elemento costitutivo della punizione (come si può ben notare in materia di confisca dei proventi, v. *infra*, Cap. IV, § 4.3). Sul punto, sembra cadere in equivoco anche la Corte europea nella decisione *Brown c. Regno Unito* – nella quale si negava la natura penale della sanzione economica applicata al ricorrente poiché questa, ancorché di entità rilevante, era stata calcolata sulla base del profitto derivato dalle infrazioni commesse e senza considerazione alcuna delle condizioni economiche del reo (veicolando, peraltro, tale osservazione nell'analisi della severità piuttosto che della finalità)<sup>256</sup> – ma anche nel caso *Welch*, laddove si suggerisce la valenza compensativa della confisca dei proventi illeciti. In secondo luogo, non appare decisivo il riferimento bindinghiano al destinatario della prestazione, soprattutto in relazione all'evoluzione delle pene cc.dd. “private” – intese come obbligazioni civili o misure variamente incidenti su situazioni giuridiche di rilevanza privata conseguenti dalla violazione di una pattuizione e il cui importo non è limitato alla ricomposizione della lesione prodotta (paradigmatica l'esperienza americana dei *punitive damages*) – alle quali non può essere evidentemente negato il carattere punitivo<sup>257</sup> (v. *infra*, Cap. IV, § 4.4).

## **5.2. (segue)... l'antitesi tra punizione e prevenzione.**

Escluse le sanzioni riparative dalla nozione di *matière pénale*, occorre soffermarsi sulle coordinate della distinzione tra punizione e prevenzione. Tale analisi sembra dover muovere opportunamente da una “scomposizione” delle finalità di impedimento della recidiva che, come segnalato, talvolta vengono ritenute dai giudici di Strasburgo costitutive della stessa nozione di

---

soggettiva. Sul diverso ruolo del dolo e della colpa nell'illecito civile, cfr. anche M. DONINI, *Teoria del reato*, Cedam, Padova, 1996, 51 ss..

<sup>255</sup> Nelle ipotesi di responsabilità indiretta ed oggettiva di cui agli artt., 2048 c.c. e ss., senza contare che il codice civile ammette in via sussidiaria l'azione per arricchimento senza giusta causa che permette il riequilibrio di spostamenti patrimoniali indebiti a prescindere da ogni imputazione soggettiva.

<sup>256</sup> Cfr. *Brown c. Regno Unito*, cit., che, ambiguamente, giustapponeva l'osservazione del carattere ripristinatorio della misura al riconoscimento della finalità punitiva.

<sup>257</sup> Sul punto, cfr. F.D. BUSNELLI-G. SCALFI, a cura di, *Le pene private*, Giuffré, Milano, 1985, ed in particolare le già segnalate relazioni di Bricola e Padovani. In questa sede preme sottolineare, come nota F. GALGANO, *La tutela civilistica*, in G. Borrè-G. Palombarini, a cura di, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, FrancoAngeli, Milano, 1998, 154, che le “pene private” si differenziano nettamente dal risarcimento del danno da reato, malgrado alcune derive punitive alle quali assiste sempre di più l'istituto nella prassi. Nello stesso senso, cfr., E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffré, Milano, 1982, 780 ss..

*peine* e in altri casi poste su di un piano antitetico. Ora, l'impressione è che, malgrado una certa ambiguità terminologica, quasi "inconsapevole", nelle motivazioni della Corte europea sia possibile in ogni caso enucleare due significati ben distinti della special-prevenzione.

In particolare, nelle sentenze aventi ad oggetto sanzioni di tipo pecuniario (pronunce *Jussila*, *Öztürk* e *Lauko*), l'idea di prevenzione appare affidata essenzialmente all'effetto intimidatorio della sanzione, in quanto volta a dissuadere il reo dal commettere nuovi illeciti in ragione della "sofferenza" inflitta a seguito del precedente<sup>258</sup>. Più in generale, nella casistica relativa alle sanzioni amministrative e fiscali, non affiora alcuna idea di pericolosità da "trattare", né in chiave di neutralizzazione, né in una prospettiva di risocializzazione<sup>259</sup>. Affatto differente, invece, appare l'idea di prevenzione quando la Corte si è riferita alla misura della confisca<sup>260</sup>, alla decurtazione dei punti della patente (caso *Malige*) o, in chiave più spiccatamente personale, nelle pronunce relative alla *Sicherungsverwahrung*, all'iscrizione nei registri dei *sex offenders* e alle misure di prevenzione italiane. In tutte queste ipotesi, pur nella loro relativa eterogeneità, l'obiettivo di impedire la recidiva (o, nell'ultimo caso, di impedire la commissione di futuri illeciti) appare piuttosto riferirsi ad una valutazione di pericolosità soggettiva o reale e, pertanto, ritenuto estraneo alle finalità punitive, che pur talvolta hanno prevalso in sede di valutazione complessiva della misura.

In particolare, la Corte ha riconosciuto alla confisca dei profitti tratti dalla vendita di stupefacenti la funzione di impedire il reinvestimento in affari illeciti<sup>261</sup>, così come l'obiettivo di ostacolare l'utilizzo di veicoli da parte di soggetti dalla guida "pericolosa" posto alla base dei provvedimenti inerenti la patente di guida<sup>262</sup> o, ancora, le esigenze di "protezione della collettività" poste a fondamento della custodia di sicurezza tedesca<sup>263</sup>, sottolineando però la compresenza di un messaggio intimidatorio e dissuasivo tale da giustificare nondimeno l'attrazione di tali misure nel

---

<sup>258</sup> Si tratta, in pratica, di una declinazione della funzione deterrente esercitata dalla posizione della pena che, rispetto al trasgressore, viene realizzata mediante la concreta imposizione della stessa. Tale aspetto è particolarmente evidente nei termini in cui la Corte attribuisce alla sanzione «il compito di dissuadere il preposto dalla recidiva» (tra le tante, cfr. *Lauko c. Slovacchia*, cit., § 58).

<sup>259</sup> Questa prima accezione di funzione special-preventiva, in effetti, appare affiorare storicamente ancor prima di quella incentrata sulla risocializzazione e, in particolare, viene fatta risalire all'opera di Grolman da S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Esi, Napoli, 1992, 52 ss.. Ancora attuali, sul punto, i termini di G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze*, cit., 322 s., che osservava la pluridimensionalità del concetto di prevenzione speciale e, per altro verso, la fondamentale inconciliabilità dei significati ad esso riconducibili.

<sup>260</sup> In realtà, occorre distinguere in relazione al tipo di confisca considerata. Ad esempio, nel caso *Sud Fondi*, in cui la confisca dei terreni non può effettivamente spiegarsi con una logica di pericolosità dei terreni – nonostante alcuni tentativi di giustificazione dell'istituto in questo senso (cfr. C. ANGELILLIS, *Lottizzazione abusiva: la confisca nei confronti del terzo alla resa dei conti*, in *Cass. pen.*, 2009) –, la Corte, osservando la sussistenza di un carattere intimidatorio, non fa alcun riferimento a compresenti finalità preventive.

<sup>261</sup> Nella pronuncia *Welch c. Regno Unito*, cit., l'idea di una pericolosità dei beni confiscati non rimane certamente estranea agli occhi della Corte che, al § 30 della sentenza, ammette che «lo scopo preventivo di una confisca di beni suscettibili di utilizzazione in operazioni future di traffico di stupefacenti, come quello di garantire che il crimine non paghi, emergono in modo evidente».

<sup>262</sup> V. la sentenza *Malige c. Francia*, cit., § 39, ed anche la sentenza *Escoubet c. Portogallo*, cit., anche se, come segnalato, essenzialmente in ragione della natura cautelare riconosciuta al ritiro immediato della patente.

<sup>263</sup> Cfr. *M c. Germania*, cit., § 130.

concetto di *matière pénale*<sup>264</sup>. Viceversa, l'idea di trattamento (in particolare, di neutralizzazione) di una pericolosità soggettiva (o reale) ha prevalso nella giurisprudenza sui *sex offenders* e viene addirittura ritenuta esclusiva in quella sulle misure di prevenzione italiane. Al di là delle critiche che possono essere mosse rispetto agli esiti di tali apprezzamenti (v. *infra*, Cap. IV, §§ 6.2 e 6.3), ciò che preme ora segnalare è che il dato che accomuna tutte queste pronunce è il riferimento alla logica preventiva del tutto differente rispetto a quello che compare in tema di illeciti fiscali e amministrativi. Breve, talvolta l'idea di prevenzione – sinora sempre intesa come speciale (e negativa) – sintetizza la portata intimidatrice della sanzione rispetto al singolo e viene ritenuta elemento costitutivo del concetto di punizione; in altre ipotesi, invece, l'obiettivo di impedimento della recidiva è posto essenzialmente in relazione ad un giudizio di pericolosità – con una tendenziale opzione per una prospettiva di neutralizzazione<sup>265</sup> – e tende a condurre la valutazione sul binario dell'estraneità alla *matière pénale*.

Affiora, quindi, un primo fondamentale attributo del concetto di funzione punitiva rispetto alla quale, viceversa, tendono a rimanere sullo sfondo le logiche della prevenzione generale e della retribuzione. Se nella sentenza *Öztürk*, ad esempio, la Corte si riferisce ad una portata dissuasiva della sanzione amministrativa riferibile alla generalità dei consociati, infatti, è la finalità di impedimento della reiterazione delle condotte vietate da parte del reo che nelle successive pronunce risulta dominante. Allo stesso modo, quello che viene talvolta indicato come carattere “repressivo” delle sanzioni appare suggerire una logica retrospettiva di stampo retributivo che, tuttavia, non ha mai trovato ulteriore elaborazione. Si può osservare, d'altra parte, come a tali aspetti della punizione venga dato tutt'altro rilievo, invece, nella giurisprudenza sugli obblighi di tutela penale (v. *supra*, Cap. I, § 4.1) giustificati, sin dalla prima elaborazione, sulla scorta della ritenuta maggior efficacia deterrente propria del diritto penale<sup>266</sup> e delle esigenze di ristoro “morale” della vittima che

---

<sup>264</sup> Invero, nelle sentenze *Welch e M.*, l'argomentazione si chiude con l'affermazione secondo la quale, in ogni caso, il concetto di prevenzione deve ritenersi “elemento costitutivo” di quello di *peine* ma, alla luce dell'argomentazione precedente nella quale si sottolinea il rapporto antitetico delle funzioni, sembra che la Corte, in tali conclusioni, si riferisca in modo confuso piuttosto all'idea di prevenzione come intimidazione che, in effetti, nei precedenti in materia era stata ritenuta elemento costitutivo del concetto di sanzione penale.

<sup>265</sup> Ovviamente solo di neutralizzazione si può parlare quando si tratta di una misura come la confisca ma anche dei provvedimenti sulla patente di guida (in quanto tendenti a rendere più difficile e potenzialmente ad impedire l'utilizzo del veicolo, mentre appunto la finalità *lato sensu* rieducativa degli stessi è più che altro riconducibile a quella intimidatoria). È in materia personale, tuttavia, che si nota come l'idea di prevenzione della Corte sia essenzialmente in chiave negativa – così, ad esempio, in materia di misure di prevenzione antimafia e di iscrizione nei registri degli autori di reati sessuali – non potendosi riscontrare nelle motivazioni di Strasburgo un riferimento ad una qualche funzione terapeutica e risocializzante dell'individuo, almeno fino alla recente sentenza *M. c. Germania*, di cui si dirà a breve.

<sup>266</sup> Come segnalato precedentemente, già nella sentenza *X e Y c. Paesi Bassi*, cit., § 27, in cui si notava che la protezione accordata dal diritto civile non era sufficiente dovendosi ricorrere, in casi nei quali valori fondamentali e aspetti essenziali della vita privata erano in gioco, ad un'effettiva deterrenza propria esclusivamente delle disposizioni penali. La maggiore efficacia generalpreventiva come ragione della richiesta di intervento penale risulta dominante nella giustificazione degli obblighi di tutela penale anche nella recente giurisprudenza e, da ultimo, nella pronuncia *Derman c. Turchia*, 31 maggio 2011, § 29, in cui si osserva come il fatto che le pene irrogate ai poliziotti autori di trattamenti

richiamano decisamente le teorie della prevenzione integrativa<sup>267</sup>. Inoltre, come si è detto, emerge il canone della proporzione della sanzione – il quale invece fatica ad affermarsi, nonostante alcune aperture dottrinali, come diritto fondamentale del reo (*Übermassverbot*)<sup>268</sup> – chiamato a filtrare tali esigenze ma soprattutto a fondare in chiave retributiva (*Untermassverbot*) la risposta punitiva statale<sup>269</sup>. Il motivo di un siffatto ribaltamento di prospettiva è ben comprensibile se si considera proprio il differente punto di vista dei giudici di Strasburgo: nella casistica *ex artt. 6 e 7 Cedu*, infatti, la doglianza proviene dal reo ed è naturale che la Corte si interroghi essenzialmente su quale tipo di funzione special-preventiva la misura eserciti rispetto a costui (monitoria o neutralizzante); nel secondo filone giurisprudenziale, invece, il reo rimane sullo sfondo – egli non è neanche parte necessaria del procedimento davanti alla Corte la quale, quindi, non “sente” la sua voce –, mentre tutta l’attenzione è focalizzata sulla lesione avvenuta e sulle ragioni della vittima e, conseguentemente, sulle finalità deterrenti e preventivo-integrative della pena<sup>270</sup>.

Intimidazione, prevenzione generale (positiva e negativa) e proporzione (rispetto al fatto) appaiono, quindi, i caratteri della punizione che emergono dalla giurisprudenza di Strasburgo, essenzialmente contrapposti all’idea di prevenzione come neutralizzazione della pericolosità. Si possono individuare, a questo punto, alcune chiavi di lettura della prospettiva accolta dalla Corte,

---

degradanti durante la detenzione del ricorrente fossero state sospese le rendeva «non sufficientemente dissuasive per prevenire effettivamente illeciti del tipo di quelli di cui è stato vittima il ricorrente».

<sup>267</sup> Sul punto, cfr. le considerazioni già segnalate precedentemente di F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 254 ss., che osserva come la “debolezza” della logica della deterrenza celi, in realtà, una priorità accordata alle funzioni della pena sottolineate nelle teorie volte a riconoscerne un ruolo di stabilizzazione sociale, sia mediante l’orientamento delle condotte dei consociati, sia tendendo, dopo la commissione dell’illecito, alla soddisfazione dell’istinto di vendetta della vittima, anche attraverso una ricomposizione della frattura cagionata dall’illecito, ed alla rassicurazione della collettività sulla persistente vigenza della norma violata. Tale prospettiva appare oggi piuttosto diffusa nella letteratura tedesca – cfr., tra i tanti, W. HASSEMER, *Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht*, in W. Hassemer-K. Lüderssen-W. Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, C.F. Müller, Heidelberg, 1983, 57 ss., e C. ROXIN, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, I, 6° ed., Verlag C.H. Beck, München, 2006, 85 ss. ed i relativi ampi riferimenti bibliografici – e trova diverse adesioni anche nella letteratura italiana, cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., *passim*, e già G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze*, cit., 311, che individuava la funzione principale della pena nella «riaffermazione del diritto oggettivo violato, compiuta mediante pubblica e solenne squalificazione sociale del fatto». Per una prospettiva critica, in generale e salvo i più puntuali richiami che verranno operati nel prosieguo, cfr. L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, *passim* ed in particolare 938 ss..

<sup>268</sup> Cfr. le osservazioni di E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., 128 ss., ed i relativi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, in cui si nota come il controllo di proporzionalità sulle scelte sanzionatorie non sembri essersi rivelato storicamente incisivo, a meno che l’oggetto dell’incriminazione tenda a confliggere con una delle garanzie tutelate dalla Convenzione, in particolare con le libertà garantite dagli artt. 8 ss. Cedu, ed allora la legittimità dell’opzione sanzionatoria viene valutata alla luce del criterio della “necessità in una società democratica”, luogo argomentativo che, per eccellenza, permette l’ingresso alle logiche della proporzione e al bilanciamento dei valori (v. *supra*, Cap. I, § 4.1).

<sup>269</sup> Cfr., in proposito, le considerazioni svolte *supra*, Cap. I, § 4.1 nonché i termini di F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali*, cit., 256 s., ed i riferimenti giurisprudenziali ivi citati.

<sup>270</sup> Cfr. L. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, cit., 1350, il quale nota l’eccessiva sottovalutazione di ogni funzione della pena rispetto all’agente nelle prospettive della prevenzione integrazione, anche se, per quanto si dirà, non si condivide l’opinione secondo la quale questa possa essere recuperata esclusivamente attraverso un concetto di colpevolezza, quale quello proposto, tutto incentrato sulla personalità d’autore.

soprattutto alla luce del tradizionale dibattito inerente il ruolo della colpevolezza in relazione alle diverse funzioni preventive della pena.

Pur senza poter affrontare compiutamente una tematica ricca di complesse sfaccettature (e sulla quale occorrerà tornare nel capitolo successivo) ci si può ora limitare ad osservare che da tale discussione affiora piuttosto chiaramente ciò che accomuna le finalità monitorie e di prevenzione generale (negativa o positivo-integrativa) e la prospettiva retributiva<sup>271</sup>, ossia l'idea di sanzione il cui contenuto "spiacevole" deve essere necessariamente avvertito dai consociati e dal condannato affinché la relativa funzione si espliciti e, quindi, una concezione di pena come "volutamente" o "miratamente" afflittiva<sup>272</sup>. Ancora, tali "idee di scopo" risultano essenzialmente ancorate ad una concezione di diritto penale del fatto – da prevenire mediante minaccia e intimidazione ovvero le cui conseguenze "ricomporre" nelle teorie preventivo-integrative – a prescindere dalla circostanza che l'accento sia posto sulla componente oggettiva della lesione di un bene giuridico o sull'azione disobbediente del reo<sup>273</sup>. Tali elementi spiegano, in effetti, come storicamente le funzioni di

---

<sup>271</sup> Giova sin d'ora segnalare i termini puntuali di T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 822, il quale osserva che «è la tematica della legittimazione sostanziale cui riferire la pena intensa nel suo contenuto intrinseco di "sofferenza legalmente inflitta" che rilancia in primo piano il giudizio di colpevolezza». In particolare, l'Autore nota come sia nelle ricostruzioni della retribuzione relativizzata (o preventivo-integrative), sia nelle teorie della prevenzione generale, è evidente che «si profila la necessità di individuare la legittimazione sostanziale del contenuto afflittivo della pena. Nel primo caso perché, se l'istanza retributiva "si incorpora" nella prevenzione generale, divenendone un profilo essenziale, scopo della pena è anche quello di infliggere una sofferenza; ed è allora indispensabile stabilire su che cosa si basi la sofferenza inflitta, affinché serva i "bisogni retributivi" della collettività. Nel secondo caso, perché, se lo scopo del legislatore non è quello di infliggere una sofferenza, bisognerà pure che la materializzazione del dolore trovi un principio di ragione sufficiente, visto che le finalità preventive non valgono da sole a giustificarla».

<sup>272</sup> Secondo le definizioni, rispettivamente, di F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale - Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1947, 353, e di A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale - Parte generale*, 8° ed., Giuffrè, Milano, 2003, 10. Sulla presupposizione del carattere afflittivo nelle teorie della prevenzione generale negativa, cfr. in particolare i termini di J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in M. Romano-F. Stella, a cura di, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980, 39, allorché osserva come «un sistema carcerario con istituti confortevoli, dove il lavoro si svolgesse in condizioni simili a quelle del lavoro al di fuori del carcere, ben difficilmente potrebbe colpire la immaginazione dell'uomo della strada, o risvegliare in egual misura la sensazione che il crimine vada perseguito come un'attività vergognosa e pericolosa. Si potrà magari scegliere l'approccio umanitario a scapito della prevenzione generale, ma non certo aspettarsi di poter seguire con successo entrambe le strade.». Quanto alle modalità di esecuzione, nota E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 488, come le potenzialità di special-prevenzione, intesa come intimidazione, rispetto a gran parte dei detenuti siano affidate essenzialmente alle connotazioni di afflittività della pena. Ancora, proprio in relazione alla giurisprudenza sugli obblighi di tutela, e alla relativa prospettiva preventivo-integrativa, cfr. F. VIGANÒ, *Obblighi di tutela*, cit., 256, il quale sottolinea come sia essenzialmente l'idea di contenuto afflittivo della sanzione quella che fonda tale orientamento, per come incentrato peraltro sulla richiesta di effettiva applicazione della sanzione. In senso critico, tale aspetto è ben osservato anche da K. LÜDERSSEN, *Il declino*, cit., 134, che nota come «il meccanismo "motivazione mediante imputazione" induce pur sempre, anche nell'ambito del pensiero orientato in senso preventivo, a recepire la retribuzione, e ciò nella misura in cui si ritiene che proprio la pena, cioè un'inflizione di male, debba essere investita della funzione preventiva. Solo ove non si veda più in tale inflizione di male alcun tipo di senso (...) si dischiude la possibilità che colpevolezza e retribuzione vengano definitivamente dissociate». In termini analoghi, cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in M. Pavarini, a cura di, *Silète poenologi in munere alieno!*, Monduzzi, Bologna, 2006, 65 s..

<sup>273</sup> In questo senso, anche la prospettiva imperativistica è una teoria soggettivistica che comunque rimane ancorata al diritto penale del fatto e non dell'autore. Sul punto, cfr. da ultimo G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1 ss..

ammonimento e general-prevenzione (negativa o integrativa) si siano prestate maggiormente a “dialogare” con la prospettiva retributiva, in particolare nella fusione di orizzonti che caratterizza le teorie cc.dd. “neoretributive”, per come accomunate dall’esigenza imprescindibile di confrontarsi, appunto, con il concetto di colpevolezza per il fatto commesso, ancorché privato di quella dimensione assoluta e fondativa che caratterizzava le concezioni classiche della pena<sup>274</sup> (v. diffusamente *infra*, Cap. III, § 3.2).

Una prospettiva alquanto differente caratterizza, invece, il “commiato” da Kant e Hegel nelle prime riflessioni positiviste, soprattutto nei termini degli esponenti italiani, nelle quali l’idea di scopo risulta difficilmente rapportabile con un concetto di colpevolezza per il fatto, il quale è assunto a mero elemento sintomatico di una pericolosità d’autore, come fondamento dell’intervento sanzionatorio<sup>275</sup>. Si tratta di un modello fortemente differenziato di concezione della risposta penale – nonostante il tentativo di sintesi proposto dallo stesso Von Liszt nel manifesto di Marburgo<sup>276</sup> – il quale viene ripreso nelle moderne teorie della risocializzazione che, di conseguenza, rifiutano con decisione il presupposto della necessaria portata afflittiva della pena evocandone, piuttosto, una prospettiva “terapeutica” o “comunicativa”<sup>277</sup>. È utile sottolineare, peraltro, che anche nell’orizzonte della mera neutralizzazione della pericolosità il contenuto afflittivo, seppur implicato,

---

<sup>274</sup> Nei celebri termini de *La metafisica dei costumi*, nei quali Kant affermava che «la punizione giuridica (...) non può mai venir decretata semplicemente come un mezzo per raggiungere un bene, sia a profitto del crimine stesso, sia a profitto della società civile, ma deve sempre venirgli inflitta soltanto perché egli ha commesso un crimine» e nell’idea hegeliana di pena come negazione della negazione di un diritto esposta nei *Lineamenti di filosofia del diritto*.

<sup>275</sup> Cfr. la nota riflessione nel capitolo su “la teorica positiva della responsabilità penale” in E. FERRI, *Sociologia criminale*, 3° ed., Fratelli Bocca, Torino, 1892, in particolare 398 ss., dove, in un quadro filosofico volto a demolire con argomenti deterministi il concetto classico di colpevolezza come espressione del libero arbitrio, si conclude che «si tratta di iniziare ad attuare la fase sociale, per cui la pena (...) divenga non più la retribuzione di una colpa morale con un castigo proporzionato ma un insieme di provvedimenti sociali, preventivi e repressivi, che meglio rispondendo alla natura e alla genesi del delitto più efficacemente e nello stesso tempo più umanamente ne difendono la società».

<sup>276</sup> Si legge in F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, J. Guttentag, Berlin, 1905, trad., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962, 64: «La pena-difesa è quindi la pena retributiva intesa nel giusto senso. L’antitesi tra il *quia* e il *ne* è puramente immaginaria. O, per proseguire nel discorso, repressione e prevenzione non si trovano in posizione antinomica. Se io nuoto, nuoto perché sono caduto in acqua oppure per non annegare? Prendo le medicine perché sono ammalato oppure per guarire? Chiudiamo le nostre frontiere perché nel paese confinante infuria un’epidemia, oppure per esserne risparmiati? Puntelliamo la casa perché essa è pericolante, oppure perché non crolli?». Ora, sembra che tale tentativo di sintesi tra scopo special-preventivo e idea retributiva si concili meglio con una concezione intimidatoria della pena, piuttosto che esclusivamente trattamentale e, d’altra parte, proprio nel pensiero di Von Liszt si riconosce, se non altro rispetto ai soggetti non bisognosi di risocializzazione, proprio una principale funzione monitoria della sanzione penale. In ogni caso, la proposta lisztiana appare più moderata di quella avanzata dalla Scuola positiva italiana, se solo si considera che non vi è un accoglimento indiscriminato dell’idea di pena indeterminata e che, per quanto in questa sede maggiormente interessa, non si rinuncia al valore garantistico del principio di legalità (si pensi alla nota definizione lisztiana del diritto penale come *Magna Charta* del reo).

<sup>277</sup> Cfr. L. EUSEBI, *La pena “in crisi”*, Morcelliana, Brescia, 1989, in particolare 95 ss. e 117, in cui si muove, conseguentemente, una critica alla teoria del “diritto penale minimo” di matrice garantista di Ferrajoli in quanto comunque radicata sulla funzione generalpreventiva della pena e sul suo contenuto afflittivo e, come tale, inidonea a discutere la legittimità del ricorso alla limitazione della libertà personale. La necessaria rivisitazione dell’idea di pena come sofferenza è sostenuta dallo stesso Autore anche di recente in L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma*, cit., 62. In proposito, cfr. anche K. LÜDERSEN, *Il declino*, cit., 66 ss..

non è affatto necessario all'esplicarsi della funzione di impedimento della recidiva<sup>278</sup>. Si comprende, in effetti, come in questa prospettiva sfumi inesorabilmente la possibilità di recupero del principio di colpevolezza del fatto, non solo in chiave teleologica, ma anche come limite garantistico (sul punto, v. *infra*, Cap. III, § 3.3).

Ora, in quella che è stata definita come una “giurisprudenza dello scopo”<sup>279</sup> – e il cui “scopo” è la verifica dell’operatività di una garanzia che trova il primo fondamento nel principio di colpevolezza<sup>280</sup> – la differente permeabilità delle teorie preventive rispetto alla *Schuldidee* (e, quindi, all’esigenza di predeterminazione legale) appare aver fondato, più o meno consapevolmente, la tradizionale contrapposizione tra i concetti di punizione e prevenzione nelle pronunce della Corte europea, con la conseguente collocazione delle finalità di contrasto alla pericolosità su di un piano logico estraneo a quello della *matière pénale*. In altri termini, nella “grande contrapposizione” tra le teorie classiche e poi neoretributive da un lato le riflessioni positiviste ed oggi neopositiviste-abolizioniste dall’altro, la Corte illumina solo le prime, in quanto concezioni che presuppongono un carattere necessariamente o “miratamente” afflittivo e che guarda (retrospettivamente o prospettivamente) al fatto di reato (limitatamente, pertanto, alle note soggettive che in questo compenetrano) piuttosto che alla personalità dell’autore, proprio perché sono tali profili a chiamare in causa l’esigenza della formulazione di un giudizio di rimprovero, autentico fondamento del principio di legalità (v. *infra*, Cap. III, § 3).

Ciò conduce i giudici di Strasburgo, anzitutto, ad estendere il principio di necessaria conoscibilità della legge penale – se si eccettuano talune incertezze terminologiche e alcune soluzioni applicative discutibili<sup>281</sup> – ad ogni misura caratterizzata da funzioni di ammonimento e

---

<sup>278</sup> La quale, in effetti, si esplica a prescindere dalla comprensione del contenuto afflittivo da parte del preposto (poiché, ad esempio, del tutto incapace di intendere e di volere).

<sup>279</sup> Come viene efficacemente definita da C.E. PALIERO, “*Materia penale*”, cit., 917.

<sup>280</sup> Come si vedrà (*infra*, Cap. III, § 3.1), il principio di legalità nel suo volto “storico” affonda le radici nell’esigenza di formulazione di un giudizio di rimprovero dettata essenzialmente dal principio di colpevolezza e, pertanto, si è rivelata fondamentale una “lettura” delle funzioni della pena alla luce del confronto con lo *Schuldprinzip*, ancorché una compiuta affermazione dello stesso da parte della Corte europea, volta a chiarire in particolare la necessità della parallela sussistenza di una tipicità soggettiva (dolo o colpa), sia solo recente (v. *infra*, Cap. III, § 2.3). Ed è appena il caso di segnalare che, per altro verso, le fondamentali garanzie processualpenalistiche sono essenzialmente volte a imporre le condizioni minime nelle quali tale giudizio di rimprovero può effettivamente essere formulato e, pertanto, possono riferirsi al medesimo concetto di *matière pénale*, anche se occorre pur sempre osservare che non vi è una perfetta simmetria tra i due ambiti, se è vero che nella sentenza *Jussila* si escludono talune prerogative fuori dal *Kernstrafrecht* (v. *supra*, § 2.1) e che, reciprocamente, alcune garanzie processuali vengono normalmente estese anche ai procedimenti “di prevenzione”, tra i quali proprio la pubblicità delle udienze (v. in particolare la giurisprudenza in materia di misure italiane antimafia segnalata *infra*, § 6.3).

<sup>281</sup> Come già più volte sottolineato, criticabile appare soprattutto la timidezza della Corte nei confronti delle sanzioni disciplinari. Parimenti, devono essere censurate le isolate pronunce in cui è stato escluso il carattere penale di sanzioni amministrative, ossia le pronunce *Duhs c. Svezia*, cit., (sui cui profili argomentativi critici v. *supra*, § 2.1) e *Tre Traktor Aktiebolag c. Svezia*, cit.. Quest’ultima, in particolare, rappresenta un’occasione persa dalla Corte per riaffermare sul piano delle garanzie sostanziali (data l’applicazione retroattiva dell’interdizione dall’esercizio dell’attività di ristorazione che era data in quel caso, ritenuta in due parole come avente natura preventiva) le conclusioni della sentenza *Öztürk*.

prevenzione generale, operazione favorita dall'abbandono del paradigma custodiale che, di fatto, è proprio quello che consente l'ingresso alle logiche d'autore<sup>282</sup> (inconciliabili, invece, col modello di sanzione meramente patrimoniale). Si tratta di una soluzione, talvolta affacciata significativamente anche nella letteratura italiana<sup>283</sup>, del tutto condivisibile poiché imposta coerentemente una relazione tra funzioni dello strumento e relative garanzie in grado di prescindere dall'argomento quantitativo della severità (vago e non pertinente, come sottolineato *supra*, § 4) e che merita un definitivo recepimento anche nell'ordinamento interno, in quanto volta a superare tratte distinzioni tra pena e punizione in punto di determinazione dello statuto garantistico applicabile (v. *infra*, Cap. IV, § 4.1). Per altro verso, sulla distinzione tra funzioni la Corte europea ricostruisce (come si vedrà diffusamente nel capitolo successivo) una dualità di significati della legalità – come “legalità repressiva” o “legalità preventiva” – in un sostanziale recepimento di un modello a “doppio binario” che, in effetti, già appare caratterizzare il testo della Convenzione (oltre che essere recepita in diversi ordinamenti europei) ma che dovrà essere valutata alla luce della recente tendenza, emersa soprattutto con la sentenza *M. c. Germania*, volta ad ammettere l'estensione del principio di necessaria “prevedibilità” delle conseguenze giuridiche al momento della commissione del fatto anche rispetto alle misure meramente preventive (ancor prima, quindi, di riqualificare la *Sicherungsverwahrung* in senso punitivo; sul punto v. *infra*, Cap. III, § 3.3).

Si tenga presente, peraltro, che se nella giurisprudenza di Strasburgo è chiaramente individuabile, come segnalato in principio di paragrafo, una duplicità di significati nella prevenzione speciale negativa (secondo la distinzione tra intimidazione e neutralizzazione), osservazione del tutto analoga, anche se in questi casi la distinzione è più sottile, si può svolgere sul piano della prevenzione speciale positiva. In primo luogo, infatti, emerge un significato più

<sup>282</sup> La risocializzazione dell'autore come direttiva di esecuzione della pena detentiva, ad esempio, è riconosciuta anche nelle più decise difese della funzione general-preventiva della pena: cfr. M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in M. Romano-F. Stella, a cura di, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980, 181. Appare, in effetti, realisticamente irrinunciabile un'idea di polifunzionalità della sanzione penale custodiale, nella quale poi possono trovare spazio, accanto a concezioni “fideistiche” nella pluralità di funzioni, argomentazioni e sensibilità rispetto ad alcune finalità invece che ad altre, come nota Massimo Donini in M. PAVARINI-M. DONINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, in M. Pavarini, a cura di, *Silète poenologi in munere alieno!*, Monduzzi, Bologna, 2006, 27. Sulla concezione necessariamente polifunzionale della pena detentiva, volta a riconoscere alla risocializzazione un ruolo anche nelle fasi antecedenti all'esecuzione della pena, cfr. già la riflessione di G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rass. penit. e crim.*, 1982, 464 ss.. Sul punto, v. anche *infra*, Cap. IV, § 6.1.

<sup>283</sup> Cfr., in particolare, l'autorevole posizione di P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente*, cit., 63, che affermava, con termini che suonano, alla luce di quanto detto, quanto mai attuali, che «si può parlare di “pena” ogni volta che il singolo deve subire una limitazione dei suoi diritti in conseguenza della violazione di un obbligo, e sempre che la limitazione dei diritti sia comminata per impedire la violazione dell'obbligo, e non abbia carattere omogeneo (come il risarcimento del danno) rispetto al contenuto dell'obbligo stesso» e, argomentando sulla base della differenza testuale tra art. 25 Cost. e 13 Cost., sottolineava come tale categoria andasse ben oltre il “diritto penale in senso stretto”. A ben vedere, tale definizione recepisce essenzialmente i caratteri della pena che affiorano nella giurisprudenza della Corte europea, ossia il contenuto afflittivo orientato a scopi preventivi rispetto ad un fatto e con esclusione delle misure riparative. In senso analogo, cfr. anche G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, *passim*.

schiettamente “pedagogico” della rieducazione<sup>284</sup> il quale è logicamente subordinato alla possibilità di “comprensione” da parte del reo del disvalore dell’illecito (e, pertanto, alla formulazione di un giudizio di colpevolezza), non negando il carattere afflittivo della pena e prestandosi così a dialogare con le logiche di prevenzione generale e di retribuzione<sup>285</sup>. Alquanto differente, invece, risulta quell’ideale trattamentale-curativo della risocializzazione dell’autore che con queste ultime è inconciliabile e che, in definitiva, si colloca al di fuori del diritto penale della colpevolezza (e, quindi, della legalità “repressiva”, v. *infra*, Cap. III, § 3.3). In effetti, appare stridente, ancorché per certi versi comprensibile, il silenzio della Corte sulla prima accezione di rieducazione di cui si è dato conto quando, invece, l’esigenza di risocializzazione contrapposta alle prassi di neutralizzazione dell’autore pericoloso appare recuperata di recente nel campo della prevenzione, se si considerano, in particolare, i termini della sentenza *M. c. Germania* (ancorché abbia condotto ad esiti non condivisibili, come si dirà *infra*, Cap. IV, § 6.2)<sup>286</sup>.

---

<sup>284</sup> Si pensi alla madre che punisce il figlio perché questi non disobbedisca nuovamente e che, evidentemente, non affida tale funzione esclusivamente al significato monitorio o intimidatorio della punizione, così come non considera alcun problema di pericolosità o di desocializzazione da “neutralizzare” o “curare”, ma confida che attraverso la punizione, la quale comunque presuppone un *quid* di afflittivo, venga veicolato un messaggio educativo rispetto ai valori violati.

<sup>285</sup> Si vedano i termini di F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1965, 356 ss., il quale, osservando che il 2° c. dell’art. 133 c.p. diventa essenziale in una costruzione della pena di stampo (anche) rieducativo imposta dall’art. 27 Cost., notava come il significato di rieducazione non dovesse necessariamente identificarsi con il trattamento curativo (necessariamente circoscritto), quanto rinviare ad un’idea di «reinsediamento dell’individuo nel contesto sociale, con la rinsaldata consapevolezza di quei valori che egli ha dimostrato di non conoscere appieno (...) attraverso la trasgressione». È questo il significato, che si è intero definire come “pedagogico”, della rieducazione che comunque è riconducibile alla logica della punizione, presupponendo comunque un’idea di rimprovero che, come ricordato in maniera costante nell’opera di Bricola, impone un giudizio di colpevolezza per la trasgressione commessa. E, d’altra parte, è noto che nel pensiero dell’Autore alla fondamentale funzione rieducativa accordata alla pena, che fonda proprio il riconoscimento costituzionale del principio di colpevolezza (v. *infra*, Cap. III, § 3.1), si affiancano costantemente la funzione generalpreventiva e intimidatoria (v. in particolare le osservazioni, sulle quali si tornerà in sede conclusiva, svolte in ID., *Tecniche di tutela*, cit., 51) e la stessa prospettiva retributiva (cfr. ID., voce *Teoria generale*, cit., 82 s.). Si consideri che in questa prospettiva, scevra di colorazioni socio-terapeutiche, si può attribuire carattere rieducativo anche alle sanzioni meramente pecuniarie, in quanto anch’esse finalizzabili a “rinsaldare la consapevolezza del reo nei valori dell’ordinamento”, e anche nel trattamento carcerario il principio rieducativo può imporre modalità di trattamento ben generalizzabili (condizioni accettabili di reclusione, possibilità di lavoro o di attività intellettuali) e non declinabili solo rispetto a determinate tipologie d’autore, quali rimangono evidentemente i trattamenti socio-terapeutici.

<sup>286</sup> In primo luogo, le teorie della risocializzazione tendono ad illuminare essenzialmente il piano del “dover essere” della pena, mentre l’approccio della Corte tende ad avere una concezione descrittivo-esplicativa di pena, non dovendo cercarne una giustificazione bensì individuando i limiti, nella quale si riflettono inevitabilmente le tendenze escludenti e preventivo-integrative che si sono manifestate nei sistemi penali europei negli ultimi decenni; in proposito, cfr. le osservazioni di Massimo Pavarini in M. PAVARINI-M. DONINI, *Silète poenologi*, cit., 23. D’altra parte, il fatto che la giurisprudenza della Corte si sia sviluppata in un momento storico di crisi delle ambizioni risocializzanti del diritto penale, demolite dalla critica rispondente al motto, effettivamente iperbolico, di “*nothing works*”, appare spiegare il fatto che l’idea di rieducazione sia il “grande assente” anche nella giurisprudenza relativa alla deontologia della pena, ossia quella relativa all’art. 3 Cedu. Per altro verso, come segnalato, il fatto che gli obblighi di tutela penale non siano giustificati da istanze di risocializzazione del reo si spiega più plausibilmente alla luce del fatto che, in generale, ogni tipo di logica special-preventiva è preclusa dall’impossibilità di svolgere alcuna considerazione sul reo, sulla sua personalità e sulle sue motivazioni. Si spiega come la giurisprudenza sugli obblighi positivi di tutela sia oggi salutata con favore da un settore della letteratura italiana che storicamente ha posto l’accento sul profilo obiettivo del reato, piuttosto che sull’intenzione dell’agente o sulla sua personalità, e sull’intervento della pena imposto dall’allarme sociale destato dal “sangue versato” e dall’impatto del reato sulla vittima. Un lungo filo conduttore, in effetti, lega le considerazioni di F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Giuffrè, Milano, 2000, 199 s., e ID., *L’arbitrio del*



## Capitolo III

### La riconoscibilità della norma penale tra principi e categorie: “luci” e “ombre” della giurisprudenza di Strasburgo.

#### 1. Rilievi introduttivi

Il primo paragrafo dell'art. 7 della Convenzione europea prevede che «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» e che «parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso». La disposizione codifica, quindi, i principi del *nullum crimen sine lege* e del *nulla poena sine lege*<sup>287</sup> – con dizione più “completa” rispetto a quella che caratterizza, ad esempio, l'art. 25, 2° c., Cost. –, nei quali i termini *crimen* e *poena*, evidentemente, devono essere considerati alla luce della descritta definizione autonoma di *matière pénale*. Come rispetto al problema dell'estensione applicativa, la portata contenutistica della tutela consacrata dalla disposizione in esame non può che essere apprezzata alla luce delle pronunce della Corte di Strasburgo che, pur nella loro relativa esiguità (soprattutto se si guarda alle sentenze di accoglimento), sono in grado di offrire indicazioni fondamentali in chiave della garanzia del profilo “storico” del principio di legalità anche di fronte alla perdita di centralità della fonte parlamentare. In particolare, lo scivolamento degli ordinamenti giuridici verso una struttura “reticolare” (già osservato *supra*, Cap. I, § 2.3) e la conseguente ascesa della figura del giudice, nazionale e internazionale, richiedono un adattamento dei paradigmi legalitari al fenomeno da tempo definito dalla Corte costituzionale come “diritto vivente” (v. *infra*, § 4.2) rispetto al quale si rivela doverosa un'ampia valorizzazione dei parametri elaborati dalla Corte europea, soprattutto se confrontati con la prospettiva tracciata nella storica sentenza C. Cost. n. 364/1988, in cui emergeva per la prima volta un principio di “riconoscibilità” della legge

---

<sup>287</sup> Quanto al secondo corollario, ad esempio, nella sentenza *Gabbarri Moreno c. Spagna*, 22 luglio 2003, § 33, era dichiarata la violazione dell'art. 7 Cedu in relazione all'applicazione di una pena di un solo giorno superiore al massimo edittale. Interessante notare, peraltro, come si è anche assistito nell'ambito di una stessa pronuncia a valutazioni separate e divergenti circa la violazione dell'art. 7 Cedu, a seconda che l'oggetto fosse la fattispecie penale ovvero la pena. Così, ad esempio, le sentenze *Baskaya e Oçkuoglu c. Turchia*, 8 luglio 1999, e *E.K. c. Turchia*, 7 febbraio 2002, sfociavano in un doppio dispositivo con il quale, rigettato il motivo di ricorso con cui si lamentava l'incertezza del precetto, si rilevava come l'applicazione della pena detentiva agli editori fosse frutto di un'interpretazione analogica di quella prevista per i capiredattori e, quindi, vietata dalla Convenzione.

penale<sup>288</sup>. Ciò premesso, non si potrà fare a meno di segnalare alcuni punti oscuri di una giurisprudenza di Strasburgo, nella quale non hanno mancato di manifestarsi talune insidiose tendenze più propriamente riconducibili alle concezioni “sostanzialistiche” della legalità, da valutare in prospettiva anche in considerazione del riferimento al “diritto internazionale” contenuto nel primo paragrafo dell’art. 7 Cedu nonché del contenuto del secondo paragrafo che, come noto, recepisce la c.d. formula di Radbruch<sup>289</sup> (v. le considerazioni che si svolgeranno in chiusura, *infra*, § 4.3).

## **2. Il “contenuto” del principio di legalità nella giurisprudenza di Strasburgo.**

### **2.1. Il concetto di “legge” penale: delimitazione dell’ambito di indagine al solo profilo “storico” del principio di legalità.**

Il primo profilo che occorre esaminare per comprendere la portata contenutistica del principio di legalità sancito dall’art. 7 Cedu attiene alla stessa definizione del concetto di “legge”<sup>290</sup>. Come

---

<sup>288</sup> Osserva A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, 2° ed., Giappichelli, Torino, 2007, 60 come proprio la nota sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988, con la quale sarà imprescindibile il confronto nella trattazione del presente capitolo, abbia compiutamente elaborato un autentico principio di riconoscibilità – precedentemente solo affacciatisi nell’autorevole studio di F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979, 415 –, capace, come si vedrà, di contemplare anche i profili attinenti allo stesso contenuto delle incriminazioni, oltre a quelli più strettamente formali.

<sup>289</sup> Il quale, al pari dell’art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e del più recente art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, apre proprio alle esigenze “sostanziali” di repressione di violazioni gravissime quali quelle rappresentate dai crimini internazionali ammettendo una deroga al § 1 della disposizione, recependo la soluzione tradizionalmente indicata come “formula di Radbruch” in riferimento al noto scritto di G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, 105 ss..

<sup>290</sup> Sulla nozione di legge nella giurisprudenza della Corte, cfr. A. BERNARDI, *Art. 7 – Nessuna pena senza legge*, in S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, a cura di, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, 260 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 74 ss.; V. MANES, *Commento all’art. 7*, in S. Bartole-P. de Sena-V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea di diritti dell’uomo*, Cedam, Padova, in corso di pubblicazione, 17 ss. del dattiloscritto; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006, 57 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*, Giappichelli, Torino, 2008, 322 ss.. Nella letteratura straniera, cfr. i commenti di D. HARRIS-M. O’BOYLE-C. WARBRICK, a cura di, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2° ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, 333 ss.; B. EMMERSON-A. ASHWORTH-A. MACDONALD, *Human rights and criminal justice*, Sweet and Maxwell, London, 2007, 380; P. VAN DIJK-F. VAN HOOFF-A. VAN RIJN-L. ZWAAK, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4° ed., Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2006, 653 ss.; P. ROLLAND, *Article 7*, in L.E. Pettiti-E. Decaux-P.H. Imbert, a cura di, *La Convention européenne des droits de l’homme - Commentaire article par article*, 2° ed., Economica, Paris, 1999, 294 ss.; I. CABRAL BARRETO, *La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l’homme sur l’article 7 de la Convention européenne des Droits de l’Homme*, in A. Donatsch-M. Forster-C. Schwarzenegger, a cura di, *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*, Schulthess, Zürich, 2002, 3 ss.. Più specificamente sull’argomento, cfr. F. MATSCHER, *Il concetto di legge secondo la recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di Guido Gerin*, Cedam, Padova, 1996, 272 ss., e già M. DELMAS-MARTY, *Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, in *Droit pénal contemporain - Mélanges en l’honneur d’André Vitu*, Cujas, Paris, 1989, 153 ss., e J.J. CREMONA, *The interpretation of the word “law” in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in J.J. Cremona, *Selected papers 1946-1989*, Publishers Enterprises Group, San Gwann, 1990, 190 ss..

emerge, in effetti, già dalla lettura della traduzione italiana ufficiale del testo della Convenzione, nel quale significativamente viene utilizzato il termine “diritto” (*droit* nella versione ufficiale in lingua francese), la nozione di *law* abbraccia un insieme di fonti normative più ampio rispetto a quello riconducibile al principio di legalità penale nei sistemi continentali, essenzialmente circoscritto alle norme di rango c.d. “primario”, ossia di origine parlamentare (immediata o mediata). D’altra parte, non risulta utile neanche un riferimento ad un significato più ampio del termine “legge”, inteso genericamente come fonte positiva (anche di natura contrattuale)<sup>291</sup>, poiché neppure tale accezione è in grado di riflettere la valorizzazione del diritto giudiziale come fonte, cifra essenziale della giurisprudenza della Corte europea in punto di legalità.

La sostanziale equiparazione del diritto di origine giurisprudenziale alla fonte positiva, in effetti, affiora già nelle prime pronunce in materia e risulta costantemente ribadita sino ai giorni nostri. In proposito, occorre sottolineare che, come per la definizione di *matière pénale*, importanti indicazioni provengono non soltanto dalla giurisprudenza sull’art. 7 Cedu, ma anche dalle sentenze inerenti le ulteriori disposizioni della Convenzione in cui la *law provision* costituisce condizione di legittimità dell’ingerenza in talune prerogative fondamentali dell’individuo, quali gli artt. 8, 9, 10 e 11 Cedu (v. *supra*, Cap. I, § 4.1)<sup>292</sup>. La prima “storica” pronuncia in cui la Corte si trovava a dover elaborare una definizione del concetto di legge – la sentenza *Sunday Times c. Regno Unito* – concerneva, in effetti, un ricorso nel quale si lamentava una violazione dell’art. 10 Cedu per le sanzioni inflitte al periodico inglese nell’ambito della vicenda giudiziaria seguita alla celebre inchiesta giornalistica sul talidomide somministrato alle donne in gravidanza<sup>293</sup>. Nella motivazione,

---

<sup>291</sup> Sui diversi significati del termine “legge”, ed in particolare sulla contrapposizione tra significato “tecnico” e “atecnico” del termine nella stessa Costituzione italiana, cfr. F. MODUGNO, voce *Legge in generale*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffré, Milano, 1973, 872 ss..

<sup>292</sup> In relazione al fatto che i due profili peculiari della garanzia di cui all’art. 7 Cedu siano ricostruibili soprattutto (ma non esclusivamente) sulla base della giurisprudenza della Corte relativa ai medesimi concetti così come richiamati da altre disposizioni (l’art. 6 per la “materia penale” e le disposizioni qui segnalate per quanto riguarda il concetto di legge ed i relativi requisiti qualitativi), una voce dottrinale ha posto provocatoriamente la domanda se l’art. 7 “esista” veramente, anche se per lo più volta a far emergere l’eccessiva timidezza della Corte quando si tratta di far derivare, dall’impianto teorico elaborato, la decisione per la violazione della garanzia. In questo senso, cfr. J. SOYER, *L’article 7 de la Convention existe-t-il?*, in Aa. Vv., a cura di, *Protection des droits de l’homme: la perspective européenne - Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*, Carl Heynemans Verlag KG, Köln-Berlin-München, 2000. Peraltro, nel proseguo della trattazione ci si dovrà interrogare sull’effettiva coerenza di una siffatta equiparazione tra i significati della legalità tra art. 7 Cedu e altre disposizioni della Convenzione (v. *infra*, § 3.3, in particolare sulla possibilità di estensione della garanzia alle misure preventive incidenti sulla libertà personale, sulla libertà di movimento e sul diritto di proprietà, ma anche in generale a misure non punitive configuranti un’ingerenza nelle altre prerogative tutelate dalla Convenzione).

<sup>293</sup> Nello specifico, il ricorrente era stato condannato per *contempt of court* a seguito della pubblicazione di un articolo in cui si esprimevano dure critiche rispetto alle modalità di svolgimento del procedimento allora pendente nei confronti della casa farmaceutica Distillers e nel ricorso alla Corte europea lamentava la violazione della libertà di espressione. I giudici di Strasburgo, nel prendere in esame i tre requisiti sopra esposti, ritenevano sussistente la previsione legale in quanto il ricorrente si sarebbe potuto rappresentare le conseguenze giuridiche della propria condotta facendo riferimento alla precedente giurisprudenza che enunciava, sebbene non con precisione assoluta dato l’interagire del “principio di pressione” col “principio di giudizio prematuro”, i limiti in cui opinioni sull’operato dei giudici potevano essere formulate, salvo poi dichiarare la norma violata per insussistenza della necessità in una società democratica dell’ingerenza nella libertà di espressione.

i giudici di Strasburgo chiarivano che «nell'espressione "prevista dalla legge", la parola "legge" ingloba tanto il diritto scritto quanto quello non scritto», concludendo che «non importa che il *contempt of court* sia una creazione della *common law* e non della legislazione. Si andrebbe manifestamente contro l'intenzione degli autori della Convenzione se si ritenesse che una restrizione imposta dalla *common law* non è "prevista dalla legge" per il solo motivo che non risulta da alcun testo legislativo: si priverebbe ad uno Stato di *common law*, parte della Convenzione, la possibilità prevista dall'art. 10, § 2, e si minerebbe alla base il suo sistema giuridico»<sup>294</sup>. Nei termini della Corte si potevano già chiaramente individuare le ragioni di un orientamento che risulta costantemente ribadito anche in materia penale<sup>295</sup>: la rinuncia alla predilezione per la fonte scritta nasce evidentemente dalla "fusione di orizzonti" tra universo di *civil law* e di *common law* che si attua nel sistema convenzionale<sup>296</sup>, in cui si disperde inesorabilmente il contenuto "storico" del principio di legalità, ereditato in area continentale dalla riflessione sulla separazione dei poteri di Montesquieu, ossia quello della riserva di legge parlamentare<sup>297</sup>.

Tale aspetto della giurisprudenza europea è particolarmente evidente se si considera che il corollario nel quale tendono a fondersi le prospettive "astoriche" e "politiche" del principio di legalità – ossia quello di determinatezza e tassatività (intesa come divieto di analogia), finalizzato ad impedire la creazione giurisprudenziale sia per garantire quelle esigenze di certezza che fondano il principio di irretroattività, sia per rendere effettivo il monopolio parlamentare sulle fonti<sup>298</sup> – è

---

<sup>294</sup> In questi termini la sentenza *Sunday Times c. Regno Unito*, 26 aprile 1979, § 48. Si è deciso di tradurre in italiano il termine "law" in "legge" poiché, in effetti, nella traduzione italiana dell'art. 10 Cedu, così come degli artt. 8, 9 e 11, invece che il termine "diritto", che compare come detto nella formula dell'art. 7 Cedu, si utilizza proprio il termine "legge" (allo stesso modo nella versione ufficiale francese si parla di "loi" invece che di "droit"). Al § 49 della pronuncia *Sunday Times*, tuttavia, si chiariva come l'interpretazione sistematica della Convenzione e delle due versioni ufficiali imponesse un sostanziale accostamento tra i concetti di "loi" e "droit", entrambi corrispondenti al termine "law", così da dare spazio anche nel giudizio sugli artt. 8 e ss. Cedu alla fonte giurisprudenziale.

<sup>295</sup> Cfr., tra le tante, le coeve sentenze *S.W. c. Regno Unito*, 22 novembre 1995, § 35, e *C.R. c. Regno Unito*, 22 novembre 1995, § 35, e la successiva pronuncia *Baskaya e Okçuoglu c. Turchia*, 8 luglio 1999, § 36.

<sup>296</sup> Cfr., da ultimo, V. MANES, *Commento all'art. 7*, cit., 17 del dattiloscritto.

<sup>297</sup> Sul punto cfr. anche R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, 1212 ss., i quali ricostruiscono l'affermazione del principio di riserva di legge, non solo in materia penale ma anche nelle materie interessanti i diritti economico-patrimoniali, nell'ambito della nascita dello Stato moderno e soprattutto dello Stato liberale, come sottrazione di competenza al monarca in favore della produzione parlamentare. Nella letteratura penalistica, cfr. la "scomposizione" dei tre corollari del principio di legalità in F. BRICOLA, *Il II e il III comma dell'art. 25*, in G. Branca, diretto da, *Commentario alla Costituzione, Art. 24-26 - Rapporti civili*, Zanichelli, Bologna, 1981, 231 s., nei noti termini secondo i quali «il fondamento della riserva assoluta di legge non va identificato in quell'esigenza di certezza che sta, viceversa, alla base degli altri due profili della norma costituzionale. Anzi, tale identificazione porterebbe necessariamente ad una svalutazione del carattere assoluto della riserva: l'alternativa legge-regolamenti dell'esecutivo non risolvendosi certamente in favore della prima per motivi di certezza», concludendo per il fondamento nella logica di rappresentatività del potere parlamentare. Sul punto, cfr. anche G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2001, 15 ss., e A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in Aa. Vv., a cura di, *Introduzione al sistema penale*, 3° ed., Giappichelli, Torino, 2006, 186 s..

<sup>298</sup> Anche in questo senso, puntuali le osservazioni di F. BRICOLA, *Il II e III comma*, cit., 232, critico rispetto ad una tralattiva riconduzione del canone della tassatività alla "legalità" intesa come principio meramente ordinatorio delle fonti, nella quale tende a confondersi un problema che attiene più strettamente alla riserva con uno di formulazione delle norme che ha un'essenziale funzione di garanzia individuale. Anche nell'indagine di F.C. PALAZZO, *Il principio di*

inquadrate dalla Corte europea esclusivamente in relazione al primo profilo. Così, anche l'affermazione ricorrente nella giurisprudenza di Strasburgo a partire dalla sentenza *Kokkinakis* secondo la quale «l'art. 7 non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale (...) ma consacra anche, in generale, il principio di legalità dei delitti e delle pene ed il divieto di applicazione della legge penale in modo estensivo, ad esempio in modo analogico»<sup>299</sup>, come si vedrà a breve (v. *infra*, § 2.2), non mira affatto a disconoscere gli spazi creativi dell'interpretazione giudiziale rispetto alla fonte scritta, quanto piuttosto a sottolineare come in determinati casi operazioni ermeneutiche estensive possano minare le stesse esigenze di certezza sottese al principio di irretroattività<sup>300</sup>. A livello di enucleazione dei principi generali, quindi, l'evoluzione rappresentata dalla sentenza *Kokkinakis* è soltanto apparente costituendo, semmai, una specificazione delle indicazioni precedenti, limitandosi comunque a promuovere il rango convenzionale del solo profilo storico del principio di legalità.

In questo capitolo, conseguentemente, si intenderà esaminare “luci” ed “ombre” della giurisprudenza della Corte europea rispetto al significato della legalità come “riconoscibilità” della fonte penale, canone volto a regolare il rapporto tra individuo e autorità a prescindere dalla struttura di produzione normativa di un determinato sistema giuridico e, come si vedrà, imposto dal significato dell'intervento punitivo inteso come “volutamente” afflittivo secondo la ricostruzione offerta nel capitolo precedente (v. diffusamente *supra*, Cap. II, § 5.2). Nell'orizzonte della presente ricerca, pertanto, non può trovare spazio un adeguato approfondimento delle problematiche inerenti il corollario della riserva di legge – e segnatamente la sua progressiva perdita di centralità negli stessi sistemi continentali<sup>301</sup> – il quale appare rispondere a logiche così distanti da suggerire anche

---

*determinatezza*, cit., 138 ss., si osservano le debolezze della ricostruzione del principio di determinatezza inteso come corollario della logica della separazione dei poteri o della sottoposizione del giudice alla legge, preferendone il profilo di garanzia individuale (posizione ribadita in ID., *Legalità e indeterminazione della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in G. Vassalli, a cura di, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, 52 s.). Ancora, cfr. l'indagine storico-letteraria sul duplice significato del divieto di analogia di G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1256. Sul punto, da ultimo, cfr. anche G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 119 ss. e 167 ss.. Da ultimo, in termini chiari, cfr. M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, Giappichelli, Torino, 2011, 58 ss., il quale, proprio discutendo l'idea di monopolio parlamentare delle fonti, riallaccia il divieto di analogia essenzialmente ai principi di irretroattività e colpevolezza.

<sup>299</sup> Cfr. l'affermazione della sentenza *Kokkinakis c. Grecia*, 24 marzo 1993, § 52, costantemente ribadita anche di recente nelle pronunce *Protopapa c. Turchia*, 24 febbraio 2009, § 93, e *Schummer c. Germania*, 13 gennaio 2011, § 64.

<sup>300</sup> Che l'interpretazione analogica *in malam partem* si risolva essenzialmente nella formulazione di una nuova norma penale retroattiva ancorché sfavorevole era già evidenziato da M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1969, 109, il quale, diversi anni prima della sentenza *Kokkinakis*, osservava come il divieto di analogia dovesse ritenersi rientrante “nello spirito” dell'art. 7 Cedu, pur nella difficoltà di declinarlo a fronte di un concetto di legge così ampio.

<sup>301</sup> Sul punto, di recente, cfr. in particolare V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 84 ss..

l'individuazione di un diverso spettro di operatività (v. *infra*, Cap. IV, § 4.1)<sup>302</sup>. Conseguentemente, il problema del riconoscimento del “potere interpretativo” dei giudici in materia penale verrà affrontato limitatamente alla sua incidenza sulla concreta riconoscibilità della norma penale da parte del cittadino, osservando tuttavia come la prospettiva tracciata dalla Corte europea non sia necessariamente inconciliabile con l'idea di priorità della fonte parlamentare (v. *infra*, § 4.2) e, quindi, con esigenze di democraticità che mostrano importanti segni di vitalità anche nel diritto penale di formazione comunitaria<sup>303</sup>.

In questo senso, anche la giurisprudenza in tema di obblighi di tutela penale, che evidentemente mette in discussione il monopolio statale sulle scelte di incriminazione (v. *supra*, Cap. I, § 4.1), verrà considerata soprattutto in relazione alla sua incidenza sulla garanzia individuale, nella misura in cui appare consentire una sopravvalutazione dei fattori “sostanziali” di riconoscibilità già affiorata significativamente nelle pronunce relative a crimini internazionali, nelle quali il riferimento al “diritto internazionale” – espressamente parificato al diritto interno dall'art. 7, § 1, Cedu – ha permesso alla Corte di ricorrere in modo misurato alla “impegnativa” clausola (c.d. formula di *Radbruch*) di cui al § 2 della stessa disposizione<sup>304</sup> (v. *infra*, § 4.3).

## **2.2. I canoni di “accessibilità” e “prevedibilità”.**

---

<sup>302</sup> Sottolineano la diversità di fondamento e le ricadute applicative, pur rispetto alla differenza tra pene e misure di sicurezza (sulla quale si dovrà tornare *infra*, § 3.3), G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 9 ss..

<sup>303</sup> Sul punto, cfr. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010, *passim*, e O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, 2249 ss.. Peraltro, esigenze di democraticità non appaiono del tutto estranee neanche alla prospettiva di *common law*, se si considerano, ad esempio, i termini della recente decisione della *House of Lords* in tema di congelamenti dei patrimoni dei soggetti sospettati di appartenere ad un'organizzazione terroristica segnalata in *Ius17@unibo.it*, n. 1/2010, 34).

<sup>304</sup> Così nelle pronunce *Kononov c. Lettonia*, 17 maggio 2010, §§ 236 ss. (con la quale la Grande Camera ha ribaltato la decisione a cui era giunta la Terza sezione con la sentenza *Kononov c. Lettonia*, 24 luglio 2008, §§ 116 ss.), *Kolk e Kislyiy c. Estonia*, 17 gennaio 2006, e, in relazione agli omicidi del muro di Berlino, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, 22 marzo 2001, §§ 78 ss., e *K.-H.W. c. Germania*, 22 marzo 2001, §§ 44 ss., nelle quali è stato ritenuto superfluo, di conseguenza, l'esame delle questioni sotto l'angolo dell'art. 7, § 2, Cedu. Analogamente, nel caso *Jorgic c. Germania*, 12 luglio 2007, §§ 103 ss., è stata ritenuta prevedibile la condanna del ricorrente per fatti commessi durante il conflitto nella ex-Yugoslavia fondata su di un'interpretazione estensiva del crimine di genocidio previsto dal codice penale tedesco in quanto conforme alla definizione recepita nel diritto internazionale, senza ricorrere alla clausola di cui al § 2. Per altro verso, nel caso *Korbely c. Ungheria*, 19 settembre 2008, §§ 73 ss., è stata ravvisata una violazione dell'art. 7 Cedu per assenza di una previsione nello stesso diritto internazionale, quasi ad escludere implicitamente ogni contrarietà ai principi generali di diritto di condotte non vietate dal diritto internazionale. Si può notare, in effetti, come il concetto di “previsione nel diritto internazionale” abbia consentito alla Corte di fare a meno di quel richiamo alla formula di *Radbruch* che, al contrario, compare in alcune pronunce sui crimini commessi durante la Seconda Guerra Mondiale, in particolare nei casi *Touvier c. Francia*, 13 gennaio 1997, § 7 della parte motiva in diritto, e *Papon, c. Francia*, 15 novembre 2001, § 5 della parte motiva in diritto. Sulle perplessità destinate dalle conclusioni dei giudici di Strasburgo in tali pronunce, ed in generale delle teorie sul rapporto tra primo e secondo paragrafo dell'art. 7 Cedu, cfr. E. NICOSIA, *Commento all'art. 7, § 2*, in S.Bartole-P. de Sena-V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea di diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, in corso di pubblicazione, 2 ss. del dattiloscritto. D'altra parte, ad invocare una rivalutazione dell'art. 7, § 2, Cedu in aperta critica rispetto al più recente riferimento al § 1 nelle sentenze sugli omicidi del muro di Berlino, cfr. G. VASSALLI, *Il divieto di retroattività nella giurisprudenza della Corte europea*, in *I diritti dell'uomo*, 2001.

Diretta conseguenza dell'accoglimento di una nozione "ampia" di legge, come noto, è l'adozione dei criteri di "accessibilità" e "prevedibilità" delle conseguenze penali di un determinato fatto al momento della sua commissione<sup>305</sup> ai fini della valutazione in ordine al rispetto della garanzia di cui all'art. 7 Cedu, dato che la considerazione della *judicial law* accanto alla *statutory law* rende impraticabile un'indagine incentrata esclusivamente sulla data di entrata in vigore della fonte positiva<sup>306</sup>. Premettendo che nell'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo si è manifestata una progressiva sovrapposizione di due canoni che compongono oramai una vera endiadi, si può procedere ora ad analizzare i principali indici che la Corte europea richiama nella valutazione di "riconoscibilità" (impostando sin d'ora un confronto con il lessico della Corte costituzionale) della norma penale.

Già nella sentenza *Sunday Times*, pur in un caso avente ad oggetto una regola elaborata nella *common law*, la Corte indicava nel grado di pubblicità e di precisione delle norme rilevanti i principali fattori idonei ad incidere sulla conoscibilità della legge<sup>307</sup>. Tali parametri sono stati

---

<sup>305</sup> Quanto al momento rilevante per la valutazione della "prevedibilità" delle conseguenze giuridiche di una determinata condotta, a fronte della comprensibile assenza di ogni elaborazione di una teoria del *tempus commissi delicti*, si possono segnalare alcune decisioni della Corte in ipotesi in cui tale problematica si rivelava piuttosto complessa. Ad esempio, nella sentenza *Ecer e Zeyrek c. Turchia*, 27 febbraio 2001, §§ 31 ss., in tema di reato continuato, la Corte dichiarava la violazione dell'art. 7 Cedu in relazione all'applicazione retroattiva degli aumenti di pena previsti dalla legislazione antiterrorismo introdotta durante il periodo di continuazione, anche se appariva decisiva la circostanza che il vincolo della continuazione non fosse formulato chiaramente nell'imputazione (come rileva, in particolare, E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., 2006, 73 s.). D'altra parte, nelle sentenze *Veeber c. Estonia*, 21 gennaio 2003, §§ 35 ss., e *Puhk c. Estonia*, 10 febbraio 2004, §§ 38 ss., la Corte ha ritenuto l'applicazione della legge penale introdotta durante la continuazione del reato contraria all'art. 7 Cedu, dal momento che non era evidente che i fatti pregressi (all'epoca punibili solo a determinate condizioni che nel caso dei ricorrenti non erano state integrate) non avessero influito sulla severità della sanzione inflitta e poiché solo successivamente la giurisprudenza aveva specificato che il ripetersi delle violazioni avrebbe comportato la punibilità anche delle precedenti condotte. Interessante anche una vicenda in tema di applicazione dell'aggravante della recidiva ad un soggetto che, tuttavia, aveva commesso il primo dei due reati nel momento in cui era in vigore ancora la disciplina della circostanza più favorevole. In un primo momento, con la sentenza *Achour c. Francia*, 10 novembre 2004, §§ 41 ss., la Prima sezione aveva ravvisato in tale ipotesi una violazione dell'art. 7 Cedu, ma sul punto interveniva successivamente la *Grande Chambre*, la quale notava come il ricorrente ben avrebbe potuto orientare il proprio comportamento, in considerazione della nuova regolamentazione della recidiva, al momento della commissione del secondo reato e che, quindi, quest'ultimo doveva essere assunto a *tempus* di riferimento per la valutazione dell'efficacia nel tempo della nuova disciplina, ritenuta pertanto applicata in modo irretroattivo (cfr. *Achour c. Francia*, 29 marzo 2006, §§ 53 ss.).

<sup>306</sup> Cfr. sul punto A. BERNARDI, *Art. 7*, cit., 259 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit., 78 ss.; V. MANES, *Commento all'art. 7*, cit., 17 ss. del dattiloscritto; E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., 63 ss.; G. DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in G. De Vero-G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Giappichelli, Torino, 2007; nonché le già segnalate trattazioni nella letteratura straniera di D. HARRIS-M. O'BOYLE-C. WARBRICK, a cura di, *Law of the European Convention*, cit., 334 ss.; B. EMMERSON-A. ASHWORTH-A. MACDONALD, *Human rights*, cit., 382 ss.; P. VAN DIJK-F. VAN HOOF-A. VAN RIJN-L. ZWAAK, *Theory and practice*, cit., 653 ss..

<sup>307</sup> Cfr. *Sunday Times c. Regno Unito*, cit., § 49, in cui si osservava che «occorre anzitutto che la "legge" sia sufficientemente accessibile: il cittadino deve poter disporre delle indicazioni sufficienti, nel caso di specie, sulle norme giuridiche applicabili ad una determinata situazione» e che «si può considerare "legge" solo una norma enunciata con una precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta; eventualmente facendo ricorso a consigli chiarificatori, questi deve avere la possibilità di prevedere, con un grado ragionevole di approssimazione in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato». Rinviano a quanto si dirà a breve (e diffusamente nel capitolo) sul profilo della precisione della norma, si può osservare che la carenza di base legale per difetto di pubblicazione ha condotto la Corte anche di recente a dichiarare violata la Convenzione, in

prontamente recepiti nella giurisprudenza relativa all'art. 7 Cedu, nella quale si assiste ad una progressiva "relativizzazione" del primo in considerazione del numero e delle caratteristiche dei destinatari – non senza il riconoscimento di veri e propri "doveri di conoscenza" rispetto a determinate categorie di soggetti<sup>308</sup> – e del secondo in relazione alle specificazioni offerte dalla normativa di rango inferiore<sup>309</sup> e, soprattutto, dalla prassi giurisprudenziale. In particolare, la Corte afferma costantemente come la precisione assoluta delle norme scritte sia soluzione impraticabile e addirittura inopportuna<sup>310</sup>, riconoscendo conseguentemente un ruolo di primo piano all'interpretazione giudiziale, anche in presenza di una fonte positiva, nella definizione dell'effettivo quadro normativo di riferimento<sup>311</sup>.

---

particolare dell'art. 8, nelle pronunce *Dimitrov-Kazakov c. Bulgaria*, 10 febbraio 2011, e *Shimovolos c. Russia*, 21 giugno 2011.

<sup>308</sup> Cfr. la sentenza *Groppera Radio AG e a. c. Svizzera*, 28 marzo 1990, § 68, in cui la Corte riteneva i testi normativi "accessibili", ancorché non integralmente pubblicati, in quanto rilevava che i ricorrenti, in ragione della loro attività professionale, avrebbero dovuto attivarsi recandosi presso le istituzioni che conservavano i regolamenti di attuazione non pubblicati al fine di prenderne visione. La natura "organizzata" dell'attività, d'altra parte, è stata presa in considerazione nella sentenza *Custers, Deveaux e Turk c. Danimarca*, 3 maggio 2007, §§ 94 ss., in cui la Corte ha ritenuto che i ricorrenti, membri di *Greenpeace* che avevano pianificato una manifestazione di protesta presso una base militare, ben avrebbero potuto sapere che l'accesso nelle zone in cui sarebbero stati poi arrestati era proibito, ancorché ciò non fosse stato segnalato nelle mappe ufficiali. Da ultimo, nella sentenza *Kuolelis, Bartosevicius e Burokevicius c. Lituania*, 19 febbraio 2008, § 120, si osservava come i ricorrenti, data l'attività politica svolta, ben potevano conoscere che la moratoria alla legislazione del nuovo Stato lituano, che incriminava le loro condotte, non era mai entrata in vigore in quanto subordinata all'apertura dei negoziati con l'Unione sovietica.

<sup>309</sup> Come si evince dalle sentenze, pur relative all'art. 11 Cedu, della Grande Camera *Rekvenyi c. Ungheria*, 20 maggio 1989, §§ 35 e ss., e *Maestri c. Italia*, 17 febbraio 2004, §§ 17 e ss.. In particolare, nella prima è stata dichiarata sussistente la previsione legale in un caso in cui la normativa primaria e secondaria specificava in modo accettabile la portata del divieto per le forze dell'ordine di partecipare ad "attività politiche", sancito dalla Costituzione ungherese. Nella seconda, al contrario, si è ritenuto non comprensibile il divieto di associazione massonica previsto dalla legge n. 17/1982 se non dopo una seconda direttiva del CSM del luglio 1993, il che ha comportato l'accoglimento del ricorso di un magistrato sottoposto a sanzione disciplinare per aver aderito alla loggia del Grande Oriente nel maggio 1993. Più di recente, e in riferimento all'art. 7 Cedu, nella sentenza *Flinkkilä e a. c. Finlandia*, 16 aprile 2010, § 67, la Corte ha indicato nell'esistenza di un codice deontologico giornalistico, che stabiliva regole anche più rigorose al fine di limitare l'intrusione nella "vita privata" altrui, un indice di prevedibilità della norma penale.

<sup>310</sup> In questo senso, cfr. *Goodwin c. Regno Unito*, 28 marzo 1995, § 33, in cui si osservava l'inidoneità di normative eccessivamente tassative ad adattarsi ai mutamenti del contesto sociale

<sup>311</sup> Tale affermazione già ricorreva nella prima giurisprudenza della Commissione europea, nelle decisioni *X Ltd. e Y c. Regno Unito*, 7 maggio 1982, § 6, ed *Enkelmann c. Svizzera*, 4 marzo 1985. La legittimità di normative penali costruite sulla base di clausole generali o elastiche veniva ribadita nella giurisprudenza della Corte, ad esempio, in materia di proselitismo nel celebre caso, già segnalato, *Kokkinakis c. Grecia*, cit., in cui la Corte riteneva che la condanna del ricorrente non era stata emessa in violazione degli artt. 7 e 9 Cedu poiché, sebbene la formulazione della norma incriminatrice fosse piuttosto generica nella descrizione delle condotte proibite, la giurisprudenza si era assestata su di un'interpretazione piuttosto consolidata in base alla quale il ricorrente avrebbe potuto comprendere la rilevanza penale della propria azione (posizione poi confermata, nello stesso ambito, nella sentenza *Larissis e a. c. Grecia*, 24 febbraio 1998, § 34). Piuttosto nota anche la sentenza della Grande Camera *Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, § 34, in cui la Corte rigettava il ricorso, proposto da un soggetto condannato per vendita abusiva di prodotti farmaceutici, nel quale si lamentava la genericità della nozione di "medicamento" prevista nella legislazione francese in attuazione della normativa comunitaria, notando come, a fronte di talune incertezze nella giurisprudenza di merito, la *Cour de cassation* avesse sempre fatto riferimento a criteri ben precisi per individuare i prodotti la cui vendita doveva essere autorizzata (in proposito, cfr. D. SPIELMANN, *Principe de légalité et mise en oeuvre communautaire*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1997, 686 ss.). Analogamente, la stessa Grande Chambre nelle successive coeve pronunce *Baskaya e Oçkuoglu c. Turchia*, cit., §§ 61 ss., e *Erdogdu e Ince c. Turchia*, 8 luglio 1999, § 39, e nella successiva *E.K. c. Turchia*, 7 febbraio 2002, § 53 ss. riteneva la condanna per il reato di propaganda contro l'unità dello Stato a carico dell'autore e dell'editore di un saggio politico compatibile con l'art. 7 Cedu quanto alla prevedibilità del precetto (salvo le segnalate censure nel primo e nel terzo caso rispetto all'applicazione analogica della pena), proprio perché ad un'indeterminata formulazione della

Sulla scorta di tali considerazioni, si comprende come il principio di legalità riconosciuto a partire dal caso *Kokkinakis* – comprensivo, come si è detto, dei corollari del divieto di analogia e, addirittura, del divieto di interpretazione estensiva – non si traduca che in un meno stringente obbligo di interpretazione “ragionevole”, alla luce della prevedibilità degli esiti, della norma penale<sup>312</sup>. Ed è quanto mai significativo che il canone della *predictability* sia stato ritenuto soddisfatto non soltanto sulla base di un giudizio di aderenza al dato testuale – che, se presente, mantiene comunque una certa considerazione<sup>313</sup> – o ai precedenti giudiziari in materia, ma anche ad indici decisamente più fluidi, quali la “sostanza” del reato<sup>314</sup> o il “*common sense*”<sup>315</sup>. Un’accentuazione della componente valutativa inerente lo stesso contenuto del precetto, in particolare, era evidente nella celebre sentenza con la quale la Corte giudicava prevedibile la condanna per violenza coniugale, ancorché fondata su di un chiaro *overruling* sfavorevole, in ragione del mutamento del contesto socio-culturale e della natura “odiosa” della condotta vietata<sup>316</sup>.

---

fattispecie faceva riscontro un’interpretazione costante nella giurisprudenza di legittimità in base alla quale i ricorrenti avrebbero potuto discernere i limiti del diritto di manifestazione del pensiero (in ogni caso considerati dalla Corte non necessari in una società democratica ai sensi dell’art. 10 Cedu). Sul punto, sebbene relativa alla violazione dell’art. 8 Cedu, cfr. anche *Chappell c. Regno Unito*, 30 marzo 1989, § 56.

<sup>312</sup> Richiamando i termini di A. BERNARDI, *Art. 7*, cit., 263, e, più di recente, di O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità*, cit., 2238. Nota F. SUDRE, *Le principe de la légalité et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2001, 354, come, in effetti, l’obbligo di interpretazione restrittiva di fatto contraddica il contestuale riconoscimento dell’idea di giurisprudenza “*constructive*” della legge penale. Tale profilo, peraltro, era già osservato da M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea*, cit., 105 ss..

<sup>313</sup> Cfr. la sentenza della Grande Camera *Grigoriades c. Grecia*, 25 novembre 1997, § 38, in cui la doglianza di un ricorrente condannato per un reato di vilipendio previsto dal codice militare greco veniva rigettata poiché «facendo riferimento al significato ordinario del termine “insultare” (...), il ricorrente avrebbe dovuto essere perfettamente consapevole del rischio di incorrere in una sanzione penale». D’altra parte, in presenza di un dato testuale irrimediabilmente impreciso, caratterizzato da un significato non determinabile neanche *per relationem*, la Corte non ha potuto che dichiarare l’insussistenza di una base legale prevedibile; in proposito, cfr. la sentenza *Hashman e Harrup c. Regno Unito*, 25 novembre 1999, § 38 ss., rispetto al generico obbligo di “buona condotta”, ritenuto privo di autentico contenuto a differenza che nel precedente *Steel e a. c. Regno Unito*, 23 settembre 1998, § 63 ss., in cui, se non altro, i ricorrenti avrebbero potuto intenderlo come divieto di reiterazione delle condotte per le quali la cauzione di buona condotta era stata applicata.

<sup>314</sup> Cfr., ad esempio, la sentenza *Radio France e a. c. Francia*, 30 marzo 2004, § 20, e la decisione *Eurofinacom c. Francia*, 7 settembre 2004, § 3 della parte motiva in diritto.

<sup>315</sup> Tale concetto viene richiamato nelle recenti sentenze *Moiseyev c. Russia*, 9 ottobre 2008, § 241, e *Kuolelis, Bartosevicius e Burokevicius c. Lituania*, cit., § 121.

<sup>316</sup> Cfr. le coeve sentenze *S.W. c. Regno Unito*, cit., § 43 e *C.R. c. Regno Unito*, cit., §§ 41 ss., nelle quali la condanna di due soggetti per violenza sessuale, una tentata ed una consumata, ai danni delle relative mogli era ritenuta prevedibile nonostante che per la prima volta fosse stata effettivamente disapplicato il principio di *common law*, enunciato da Sir Matthew Hale nel 1736, secondo cui la violenza coniugale sarebbe “scriminata” dal consenso prestato nel contratto di matrimonio. Condividendo le premesse argomentative dei giudici nazionali, la Corte osservava che «l’interpretazione giurisprudenziale operava un’evoluzione manifesta, coerente con la sostanza stessa del reato, del diritto penale che tendeva a far rilevare penalmente le condotte di violenza sessuale. Questa evoluzione era tale che il riconoscimento giudiziale dell’assenza di immunità costituiva oramai una tappa ragionevolmente prevedibile», aggiungendo che «il carattere per natura umiliante della violenza sessuale è così manifesto che non si potrebbe ritenere la soluzione accolta dalla *Court of Appeal* dalla *Chambre of lords* (...) come contraria all’art. 7 della Convenzione. L’abbandono dell’idea inaccettabile che un marito non possa essere perseguito per la violenza ai danni della moglie era conforme non solo ad una nozione civile del matrimonio ma anche e soprattutto agli obiettivi fondamentali della Convenzione la cui sostanza stessa è il rispetto della dignità e della libertà».

Nella loro elasticità, in effetti, i criteri di *accessibility* e *predictability* hanno consentito alla Corte di mantenere per lungo tempo un atteggiamento di sostanziale *self-restraint* e solo negli ultimi anni si registrano le prime significative pronunce di accoglimento per violazione del profilo contenutistico del principio di legalità. Ad inaugurare tale, ancora embrionale, inversione di tendenza è stata la sentenza *Pessino c. Francia*, in cui la Corte censurava l'interpretazione estensiva di una fattispecie penale prevista in materia edilizia non solo data l'assenza di precedenti conformi ma anche in ragione dell'"artificialità" del reato in questione<sup>317</sup>, seguita dalla pronuncia *Dragotoniu e Militaru-Pidhorni c. Romania*<sup>318</sup>, apparentemente "trascurata" nella letteratura di settore nonostante la simmetria con talune vicende verificatesi nello stesso ordinamento italiano<sup>319</sup>, e, da ultimo, dalla sentenza *Liivik c. Estonia*<sup>320</sup>, in cui i giudici di Strasburgo riconoscevano una violazione dell'art. 7 Cedu nell'interpretazione eccessivamente lata ed innovativa dell'elemento costitutivo del "danno" in un'ipotesi di reato simile all'abuso d'ufficio.

Da quanto sinora osservato, si può notare come i criteri di "accessibilità" e "prevedibilità", in effetti, riescano a trascendere la mera prospettiva temporale – di per sé applicabile anche al diritto giudiziale e traducibile come obbligo di efficacia *pro futuro* del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, secondo il modello statunitense del *prospective overruling*<sup>321</sup> – permettendo di considerare determinati requisiti di riconoscibilità della fonte scritta (pubblicità, determinatezza e

---

<sup>317</sup> Cfr. *Pessino c. Francia*, 10 ottobre 2006, §§ 35 s., in cui la Corte – rilevando che lo Stato resistente non era stato in grado di produrre alcun precedente in cui la condotta del ricorrente fosse stata ritenuta integrante reato ed escludendo la possibilità di considerare implicitamente incluso il *sursis d'exécution* tra gli atti il cui inadempimento veniva sanzionato penalmente dalla norma incriminatrice – concludeva che il ricorrente non avrebbe potuto conoscere, neanche con l'ausilio di consulenze legali, l'illiceità penale del proprio agire, curandosi di precisare che neanche il disvalore penale del fatto sarebbe stato altrimenti percepibile, non trattandosi di reato a condotta pregnante e, così, operando un *distinguishing* rispetto al caso dei *marital rapes*.

<sup>318</sup> Cfr. la sentenza *Dragotoniu e Militaru-Pidhorni c. Romania*, 24 maggio 2007, §§ 43 ss., in cui la condanna di due impiegati bancari per corruzione passiva era giudicata illegittima poiché la Corte riteneva che all'epoca della commissione dei fatti gli istituti di credito non potessero essere inclusi nelle tipologie di organizzazioni pubbliche allora elencate dal codice penale, data l'assenza di ogni precedente giurisprudenziale volto ad includere tra i funzionari pubblici gli operatori bancari.

<sup>319</sup> Come nota V. MANES, *Commento all'art. 7*, cit., 24 del dattiloscritto, la vicenda appare analoga a quella del *revirement* giurisprudenziale che ha condotto le Sezioni Unite della Cassazione ad affermare la natura privatistica dell'attività bancaria, escludendo la configurabilità delle qualifiche pubblicistiche – segnatamente, quella di "pubblico servizio" ex art. 358 c.p. – e, dunque, l'applicabilità dei reati contro la p.a. (cfr. Cass., Sez. Un., 23 maggio 1987, n. 8242).

<sup>320</sup> Cfr. *Liivik c. Estonia*, 25 giugno 2009, §§ 101 ss., in cui il reato di "*misuse of official position*", nel contesto di una complessa vicenda di privatizzazioni, era stato ritenuto sussistente a fronte della causazione (non di un danno patrimoniale bensì) di un mero "danno morale significativo agli interessi dello Stato". A parere della Corte, al di là del fatto che al momento della condanna non vi era alcun indice affidabile in grado di rivelare l'entità del rischio di nocimento, l'assimilazione di un "pregiudizio morale" a quello "patrimoniale", oltre che insuscettibile di prova, non era ragionevolmente prevedibile. Una tale lettura estensiva del dettato normativo dimostrava del resto come la norma stessa – nelle sue possibilità interpretative ed applicative – fosse inevitabilmente contaminata, implicando "l'uso di nozioni talmente ampie e di criteri talmente vaghi" da non risultare "della qualità richiesta dalla Convenzione in termini di chiarezza e di prevedibilità dei suoi effetti". In proposito, cfr., G. ABBADESSA, *Una nuova violazione dell'art. 7 Cedu: la sentenza Liivik contro Estonia e i significati della legalità penale convenzionale*, in *Ius17@unibo.it*, 2009, 343 ss..

<sup>321</sup> Per uno sguardo su tale istituto, cfr. U. MATTEI, *Il modello di common law*, 3° ed., Giappichelli, Torino, 2010, 161 ss..

precisione dei termini impiegati), ma altresì prestandosi a “misurare” il margine di creatività consentito al giudice rispetto al diritto positivo o ai precedenti giurisprudenziali, risultando in tal modo utili ai fini della stessa valutazione circa la sussistenza o meno di un *overruling*<sup>322</sup>. In altri termini, il binomio elaborato nella giurisprudenza di Strasburgo dimostra una fondamentale capacità di adattamento tanto al paradigma della *law in the books* quanto a quello della *law in action*, permettendo la considerazione dei difetti “formali” di riconoscibilità, ossia concernenti la comunicazione del divieto nell’intera struttura di un ordinamento comprensiva, quindi, anche del formante giurisprudenziale. Per altro verso, come segnalato, nel ventaglio degli indici di prevedibilità vengono introdotti anche aspetti “sostanziali” – in quanto inerenti l’oggetto del divieto – che non sono estranei alla riflessione penalistica e alla stessa giurisprudenza costituzionale italiana (entrambi i profili meriteranno specifica considerazione *infra*, § 4).

### **2.3. L’interpretazione evolutiva dell’art. 7 Cedu nella recente giurisprudenza della Corte europea.**

Nell’anno 2009 l’Italia è stata condannata a due riprese per violazione dell’art. 7 Cedu, in due sentenze particolarmente interessanti, oltre che per le conclusioni circa la definizione di *matière pénale* già segnalate in precedenza (v. *supra*, Cap. II, §§ 2.2), anche per l’interpretazione evolutiva, pur elaborata mediante tecniche argomentative asimmetriche, cui ha assistito il contenuto della disposizione, arricchito di ulteriori profili garantistici con i quali tutti gli ordinamenti membri dovranno confrontarsi nel prossimo futuro.

Anzitutto, nella sentenza *Sud Fondi*, per la prima volta è stata riconosciuta la rilevanza “convenzionale” del principio di colpevolezza in materia penale, importante “svolta” nella giurisprudenza di Strasburgo nella quale, iscrivendosi la tematica dell’errore di diritto sul piano stesso della legalità (v. ampiamente *infra*, § 4.1), non si poteva riscontrare un’autentica presa di posizione contraria rispetto alle ipotesi di responsabilità oggettiva<sup>323</sup> nonostante in alcune pronunce

---

<sup>322</sup> In effetti, in molti ricorsi dedotti per violazione dell’art. 7 Cedu è la stessa sussistenza o meno di un mutamento giurisprudenziale ad essere discussa dalle parti (come appunto nel noto caso *Cantoni*, oppure si pensi ai casi di *first impression*, come quello oggetto della sentenza *Pessino*, nei quali il riferimento alla nozione di *overruling* può anche essere considerato improprio) ed inevitabilmente tale valutazione assume caratteri essenzialmente quantitativi (in termini, quindi, di grado di appartenenza, secondo le logiche *flou* già in questa ricerca descritte, v. *supra*, Cap. II, § 4) piuttosto che qualitativo-dicotomici, che si prestano ad essere misurati proprio attraverso il giudizio di prevedibilità. Sul punto, occorrerà tornare *infra*, Cap. IV, § 2.1.

<sup>323</sup> Quanto a determinate lacune di tutela derivanti dall’assenza di un riferimento al principio di colpevolezza, un esempio può essere rintracciato in due noti precedenti sull’art. 7 CEDU. Nel giudizio *X ltd. e Y. c. Regno Unito*, cit., la Commissione europea rigettava il ricorso di soggetti condannati per *blasphemous libel* poiché la giurisprudenza della *House of Lords* sull’imputabilità del reato a titolo di *strict liability* era ritenuta prevedibile e accessibile, noncurante dei rilevanti profili di responsabilità oggettiva che caratterizzano tale forma di imputazione nel diritto anglosassone. Analogamente, nella decisione della *Enkelmann c. Svizzera*, cit., l’applicazione giurisprudenziale del reato di sommossa – caratterizzata dalla ritenuta sufficienza della partecipazione ad una manifestazione e dalla consapevolezza della sua pericolosità, e non anche dalla partecipazione (morale o materiale) ai singoli atti di violenza – veniva ritenuta legittima dalla Commissione per il solo fatto di essere meramente specificativa degli elementi costitutivi descritti dalla legge.

si fosse affacciata timidamente una rifrazione sostanziale del principio processuale della presunzione d'innocenza<sup>324</sup>. In particolare, nella motivazione della sentenza *Sud Fondi* si legge che: «L'articolo 7 non menziona espressamente un legame morale tra l'elemento materiale del reato e la persona considerata come l'autore. Ciò nonostante, la logica della pena e della punizione così come la nozione di "guilty" (nella versione inglese) e la nozione corrispondente di "personne coupable" (nella versione francese) sono nel senso di un'interpretazione dell'articolo 7 che esiga, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato»<sup>325</sup>. Si tratta, anche se nelle forme dell'*obiter dictum*, di un'autentica "svolta" da parte della Corte europea, pur recentemente rimessa in discussione da una pronuncia in tema inescusabilità dell'errore sull'età della persona offesa in materia di reati sessuali nella quale, in effetti, si riecheggiano proprio i termini, ambigui, della giurisprudenza *Salabiaku* sui limiti alle presunzioni di colpevolezza<sup>326</sup>.

A distanza di pochi mesi, nella sentenza *Scoppola c. Italia*, è affiorato un secondo profilo evolutivo della garanzia di cui all'art. 7 Cedu nel momento in cui la Corte ha riconosciuto come riconducibile alla disposizione in parola anche il principio di retroattività della legge favorevole, affermando che «un consenso si è progressivamente formato a livello europeo ed internazionale perché si possa considerare che l'applicazione della legge penale che prevede una pena più mite, anche posteriore alla commissione del reato, è divenuto un principio fondamentale di diritto penale»<sup>327</sup>. I giudici di Strasburgo hanno così espressamente ribaltato il precedente orientamento in

---

<sup>324</sup> Si fa riferimento alla sentenza *Salabiaku c. Francia*, 7 ottobre 1988, § 27, in cui si affermava: «[Gli Stati membri] possono, in linea di principio e a determinate condizioni, rendere punibile un fatto obiettivo o materiale considerato in quanto tale, che derivi o meno da un'intenzione delittuosa o da una negligenza». Invero, per come inserita in quel contesto argomentativo, tale affermazione non sembra di facile lettura, tanto che parte della dottrina, proprio in relazione al caso *Salabiaku*, ha concluso per un vero e proprio accoglimento del principio di colpevolezza nella giurisprudenza di Strasburgo, cfr. R. SICURELLA, *Nulla poena sine culpa: un véritable principe commun européen?*, in *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, 2002, 20 ss., mentre una posizione "negazionista" caratterizza l'indagine di E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., 83 ss.. D'altra parte, nella giurisprudenza successiva anche la Corte europea sembra aver cercato un sostanziale superamento di tale assunto, cfr. sul punto G. ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella Cedu: profili sostanziali*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011.

<sup>325</sup> Cfr. *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, 20 gennaio 2009, § 116. In particolare, il ricorso seguiva all'imposizione della confisca prevista nella legislazione urbanistica in un caso in cui gli imputati erano stati assolti, ex art. 5 c.p., per mancanza dell'elemento soggettivo dovuta ad ignoranza inevitabile della legge penale, avendo essi costruito previo rilascio di permessi amministrativi soltanto successivamente risultati illegittimi in base ad una legislazione sul punto stratificata e oscura (tanto da condurre la Corte d'Appello di Bari, in secondo grado, ad assolvere per insussistenza del fatto). La Suprema Corte, in questo modo, confermava il proprio orientamento circa l'applicabilità della confisca urbanistica, in quanto avente natura amministrativa, in ogni caso di integrazione "oggettiva" della fattispecie di reato, a prescindere dall'effettiva punibilità degli autori. Sulla base dei termini citati, in un'argomentazione in cui la Corte appare comunque riferirsi anche alla più tradizionale prospettiva rappresentata dai criteri di accessibilità e prevedibilità, i giudici di Strasburgo emettevano la prima condanna dell'Italia per violazione dell'art. 7 Cedu (oltre che, per gli stessi motivi, dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione).

<sup>326</sup> Cfr. la pronuncia *G. c. Regno Unito*, 30 agosto 2011.

<sup>327</sup> Cfr. *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, § 106.

materia<sup>328</sup> sulla base di una rassegna delle principali fonti presenti nel panorama sovranazionale, tanto positive quanto giurisprudenziali. E, in effetti, era prevedibile che, in un quadro di progressiva integrazione dei sistemi comunitario e convenzionale (v. *supra*, Cap. I, § 3.3), la Corte europea avrebbe prima o poi dovuto confrontarsi con la più ampia formulazione dell'art. 49 della Carta di Nizza e con le stesse affermazioni rese dalla Corte di Giustizia nel noto *affaire Berlusconi*<sup>329</sup>.

Ora, sebbene la sentenza *Scoppola* apra scenari nella giurisprudenza di Strasburgo quanto mai interessanti per il penalista italiano, data l'incidenza che potrebbe avere il riconoscimento del principio della retroattività della legge favorevole come diritto fondamentale rispetto alla nota problematica del bilanciamento dello stesso con eventuali interessi contrapposti di rango costituzionale (ricondotto nell'ordinamento italiano al canone della ragionevolezza)<sup>330</sup>, nel quadro

---

<sup>328</sup> In particolare, in un precedente più volte richiamato, la Commissione rigettava il ricorso di un soggetto condannato per un fatto successivamente decriminalizzato nel caso *X c. Germania*, 6 marzo 1978. Del tutto analoghe le prese di posizione della Corte europea nelle decisioni di ricevibilità dei ricorsi *Le Petit c. Regno Unito*, 5 dicembre 2000, § 2 della parte motiva in diritto, e *Zaprianov c. Bulgaria*, 6 marzo 2003, § 6 della parte motiva in diritto. In effetti nelle pronunce più recenti era stata ammessa la possibilità per gli Stati membri, in base all'art. 53 Cedu e alla natura di *standard* minimo delle garanzie previste dalla Convenzione, di adottare soluzioni più garantistiche. In questo senso, in particolare, cfr. la sentenza *G. c. Francia*, 27 settembre 1995, § 22, nella quale un'applicazione retroattiva non è stata ritenuta in contrasto con i parametri di prevedibilità della legge penale proprio in ragione del contenuto più favorevole al reo, soluzione ripresa nella decisione *Karmo c. Bulgaria*, 9 febbraio 2006. Le istanze dottrinali volte al superamento dei limiti testuali dell'art. 7 Cedu in favore di un deciso accoglimento anche del principio di retroattività della *lex mitior* – così J. SOYER, *L'article 7*, cit., 1344 e s., secondo il quale la Convenzione impone la retroattività della legge favorevole anche rispetto agli ordinamenti che tale regola non conoscono, mentre la soluzione sarebbe addirittura "scontata", nel senso della violazione dell'art. 7, nei confronti di quei sistemi che tale regola prevedono ma non hanno applicato – non trovavano, invece, che timidi riscontri in alcune pronunce più recenti. Ad esempio, nella già segnalata sentenza *Zaprianov c. Bulgaria*, cit., § 6 della parte motiva in diritto, la Corte, poiché la retroattività della legge favorevole era comunque prevista nell'ordinamento interno, si era comunque preoccupata di rilevare che i fatti in causa non erano stati effettivamente decriminalizzati, escludendo così un'"arbitrarietà" della condanna tale da comportare una violazione dell'art. 6 Cedu (punto 6 della parte motiva in diritto). D'altra parte, non si può dimenticare che un riconoscimento della retroattività della *lex mitior* era già stato ricollegato alla necessità di base legale prevista dagli artt. 8, 9, 10 e 11 della Convenzione, ai fini della quale veniva a rilevare il tempo della condanna. Quest'ultimo aspetto era evidente nel caso *Baskaya e Oçkuoglu c. Turchia*, cit., § 51, dove il giudizio sulla legalità della condanna percorreva itinerari differenti a seconda della sua contestualizzazione nell'ambito del riconoscimento della violazione dell'art. 7 ovvero dell'art. 10 Cedu, come nota A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 335.

<sup>329</sup> Cfr. la sentenza CGCE, 3 maggio 2005, in cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, avente ad oggetto le domande di pronuncia pregiudiziale ex art. 234 TCE sottoposte dai Tribunali di Milano e dalla Corte di appello di Lecce nei procedimenti penali a carico di Silvio Berlusconi (C-387/02), Sergio Adelchi (C-391/02) e Marcello Dell'Utri e altri (C-403/02), in cui la Corte affermava: «Il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Ne deriva che tale principio deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario (...)». Sul punto, in chiave critica rispetto all'inserimento del passaggio virgolettato nell'argomentazione della sentenza, cfr. G. INSOLERA-V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, in *Cass. Pen.*, 2005, 2774, e S. MANACORDA, *Oltre il falso in bilancio: i controversi effetti in malam partem del diritto comunitario sul diritto penale interno*, ne *Il diritto dell'Unione europea*, 2006, 263.

<sup>330</sup> Come noto, nelle sentenze nn. 393/2006 e 394/2006, la Corte costituzionale ha aperto all'affermazione del rango sovraordinato della *lex mitior* – non mancando di riferirsi in modo apprezzabile proprio alla dimensione sovranazionale – compiendo il primo passo (così V. MANES, *L'applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo «multilevel»*, in *Quaderni Costituzionali*, 2007, 376) di un cammino non privo di criticità rispetto a quello che rimane il nervo scoperto della questione, ossia il corretto punto di equilibrio con le altre prerogative costituzionali, che ha (già) visto il principio soccombere in due ordini di casi. Ciò è avvenuto, in primo luogo, nella sentenza C. cost. n. 394/2006, in cui la Corte costituzionale ha negato la retroattività, rispetto ai fatti pregressi, della legge favorevole successivamente dichiarata incostituzionale (in quanto "di favore"), mentre maggiori incertezze, proprio in tema di efficacia nel tempo

della presente ricerca è soprattutto la sentenza *Sud Fondi* che appare meritare una considerazione particolare per le prospettive che dischiude in tema di rapporti tra i principi di legalità e colpevolezza, nella loro intima relazione con la stessa nozione di pena, sui quali occorre ora svolgere alcune riflessioni volte ad inquadrare la portata del canone della riconoscibilità della legge penale nell'alveo dei principi di politica criminale.

### **3. La riconoscibilità della legge penale come principio penalistico.**

#### **3.1. La riconoscibilità come significato evoluto del principio di legalità e corollario del principio di colpevolezza.**

Dal quadro giurisprudenziale tratteggiato emerge chiaramente come la tematica della riconoscibilità della norma penale – e, correlativamente, della sua ignoranza inevitabile – venga contestualizzata dalla Corte europea sullo stesso piano logico della sua esistenza, ossia su quello della legalità<sup>331</sup>. Se nel prosieguo si dovranno valutare i riflessi in termini dogmatici di tale divergenza prospettica (v. *infra*, § 4.1), occorre ora ricostruire il volto della riconoscibilità dal punto di vista dei principi.

---

della pronuncia di illegittimità costituzionale, appaiono caratterizzare la sentenza n. 28/2010, che ha ammesso il sindacato con effetti *in malam partem* in materia penale anche rispetto a disposizioni contrarie alle norme comunitarie provviste di effetto diretto. Ma è nell'ambito della riforma dei termini di prescrizione operata dalla legge n. 251/2005, tuttavia, che tale bilanciamento è stato caratterizzato da maggior complessità, tanto da richiedere un triplice intervento della Consulta. Così, se nella sentenza n. 393/2006, complice anche l'illogicità della scelta legislativa, la Corte ha ritenuto irragionevole la deroga alla retroattività dei nuovi termini fondata sul momento dell'apertura del dibattimento, con la sentenza n. 72/2008, la Consulta ha ritenuto prevalenti ragioni quali l'esigenza di non vanificare il lavoro della magistratura inquirente e giudicante eseguito «secondo cadenze calcolate in base ai tempi di prescrizione più lunghi e vigenti all'atto del loro compimento, e così tutela interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo (come la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale)», soluzione questa che, tuttavia, finisce per accordare un trattamento differente (addirittura incidendo sull'*an* della punizione) anche a fatti identici e concomitanti, esclusivamente sulla base di una diversa velocità del procedimento, e che non ha mancato di suscitare un vivace dibattito dottrinale. In particolare, in senso adesivo all'orientamento espresso nella prima pronuncia, cfr. D. PULITANÒ, *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 198 ss.; ID., *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2008, 946 ss.; G. DODARO, *Disciplina della prescrizione e retroattività della norma penale più favorevole*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1135 ss.. Per una prospettiva critica rispetto alla sentenza n. 72/2008, cfr. V. MAIELLO, *Il rango della reattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1614 ss.; S. ARDIZZONE, *Limiti all'applicabilità dei nuovi termini di prescrizione ed illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 203 ss.; L. DELLI PRISCOLI-F. FIORENTIN, *La Corte costituzionale e il principio di retroattività della legge più favorevole al reo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1180 ss.. Infine, su una terza questione di legittimità costituzionale dedotta dalla Seconda sezione della Corte di cassazione proprio per violazione dell'art. 117 Cost. a seguito dello *ius novum* rappresentato dalla sentenza *Scoppola*, la Corte costituzionale è intervenuta con la recente sentenza n. 236/2011, con la quale sulla base dell'impossibilità di accordare al principio della *lex mitior*, anche a seguito della sentenza della Corte europea, un valore assoluto e non bilanciabile ed al fatto che in ogni caso la giurisprudenza di Strasburgo tende a non ricondurre la disciplina della prescrizione all'ambito di applicazione dell'art. 7 Cedu (cfr. sentenza *Coëme e a. c. Belgio*, 22 giugno 2000, § 149 s.) ha dichiarato infondata la questione.

<sup>331</sup> Come autorevolmente osservato da V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit. 100, «ciò che a livello nazionale è causa di esclusione della colpevolezza, nell'ottica della Convenzione è causa di esclusione dell'esistenza stessa di una "legge"».

In effetti, se l'approccio della Corte europea, come segnalato, si spiega essenzialmente in relazione ad una concezione della produzione giuridica tale da imporre l'individuazione di parametri valutativi applicabili anche ai sistemi di diritto giurisprudenziale, la stessa assenza di una disposizione convenzionale volta a consacrare il principio di colpevolezza (solo di recente ricostruito in via ermeneutica, come si è detto *supra*, § 2.3) sembra aver condotto per lungo tempo i giudici di Strasburgo a trascurare i legami tra necessaria conoscibilità della legge penale e principio di colpevolezza (e così ad ignorare, in chiave dogmatica, i fattori maggiormente "personalistici" dell'ignoranza della legge penale, come si vedrà *infra*, § 4.1). Nei sistemi continentali, al contrario, l'idea della "supremazia" giuridica e politica della fonte legislativa ha reso "impensabile" l'idea che un problema di conoscibilità della stessa, specialmente se causato dallo stato caotico dell'applicazione giurisprudenziale, potesse essere discusso sullo stesso piano logico della sua esistenza<sup>332</sup>, anche se effettivamente le maggiori resistenze che si sono storicamente manifestate in ordine al riconoscimento dell'efficacia esimente dell'ignoranza inevitabile sono essenzialmente riconducibili a ragioni più strettamente ideologiche, malcelate dall'ambiguo riferimento all'obbligatorietà della legge penale<sup>333</sup>.

Con estrema semplificazione, quindi, si può notare che se nella giurisprudenza di Strasburgo il principio di colpevolezza viene elaborato proprio muovendo, in chiave "complementare", dal già acquisito canone di prevedibilità della legge penale, nella giurisprudenza costituzionale la "storica" declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. non poteva prescindere dal presupposto argomentativo rappresentato dal conferimento di rango costituzionale allo *Schuldprinzip*. Ciò premesso, si deve osservare come nelle stesse autorevoli ricostruzioni dottrinali che nella letteratura italiana promuovevano la regola della scusabilità dell'errore di diritto inevitabile e che si

---

<sup>332</sup> Oltre ai riferimenti dottrinali segnalati in precedenza, cfr. il saggio, di cui si è richiamato il titolo, di M. VOGLIOTTI, *Penser l'impensable: le principe de la non-rétroactivité du jugement pénal* in malam partem. *La perspective italienne*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2003, 334 ss., nel quale si nota come storicamente tale configurazione nasca come tentativo di centralizzazione del potere nelle mani del monarca, poi rifluita nella concezione illuminista della legge come fonte razionale, a sua volta legata nella sua origine democratica all'idea giusnaturalista di contratto sociale tra Stato e cittadino, nel quale il ruolo del giudice era ridotto secondo la nota metafora della *bouche de la loi*.

<sup>333</sup> Cfr. l'ampia ricostruzione introduttiva di D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 1976, 17 ss., nella quale si osservano soprattutto le matrici ideologiche, prima liberali e poi autoritarie, dell'irrelevanza dell'errore sul divieto, muovendo una decisa critica alle argomentazioni della sentenza C. cost. del n. 74/1975; nello stesso senso, cfr. L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1315 e G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/1988*, in *Foro it.*, 1988, I, 1386. Tale impostazione viene sostanzialmente recepita anche nella sentenza C. cost. 364/1988, § 3 della parte motiva in diritto, laddove viene criticata la posizione ideologica riconducibile all'idea illuministica di "maestà" della legge, notando come un ordinamento possa attribuire rilevanza all'ignoranza della legge penale senza rinunciare al principio dell'obbligatorietà della stessa. Sul punto, in riferimento al "ritardo" dell'ordinamento italiano rispetto a quello tedesco nell'affermazione della scusabilità dell'errore di diritto inevitabile, ma anche alle ragioni "politiche" delle soluzioni storicamente accolte nei due sistemi, cfr. anche H. JESCHECK, *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano*, in *Ind. pen.*, 1988, 185 ss..

fondavano, come noto, sulla dimensione costituzionale accordata al principio di colpevolezza<sup>334</sup>, se ne evidenziassero puntualmente le intime correlazioni con lo stesso canone della legalità<sup>335</sup>. In senso analogo, peraltro, appariva orientarsi anche la Corte costituzionale nella parte centrale della motivazione della sentenza n. 364/1988, nel momento in cui si affermava che «le garanzie di cui agli artt. 73, 3° c., e 25, 2° c., Cost., per loro natura formali, vanno svelate nelle loro implicazioni: queste comportano il contemporaneo adempimento da parte dello Stato di altri doveri costituzionali: ed in prima, di quelli attinenti alla formulazione, struttura e contenuti delle norme penali. Queste ultime possono essere conosciute solo allorché si rendano “riconoscibili”»<sup>336</sup>, concludendo per l’esistenza di un autentico obbligo in capo allo Stato, in un’impostazione dalle evidenti venature contrattualistiche, di garantire «l’oggettiva “possibilità” di conoscere le leggi penali»<sup>337</sup>.

In effetti, su di un piano dei principi di politica criminale, l’idea di riconoscibilità della legge penale – non estranea, peraltro, a logiche di uguaglianza o di certezza trasversali tra i settori dell’ordinamento<sup>338</sup> – valorizza quel fondamentale significato “astorico” del principio di legalità che, in quanto finalizzato a consentire al cittadino la conoscenza delle conseguenze punitive delle proprie azioni, costituisce presupposto logico della realizzazione del principio di colpevolezza come

---

<sup>334</sup> Senza peraltro ritenere necessario un intervento sulla regola dell’art. 5 c.p., intesa come semplice negazione della rilevanza della coscienza dell’antigiuridicità ai fini dell’imputazione dolosa, discutendo, in questo senso, i presupposti della *Vorsatztheorie*. In questo senso, cfr. D. PULITANÒ, *L’errore di diritto*, cit., 545 ss., e già F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, 3 ed., XIX, Utet, Torino, 1973, 56 s.. Ancorché ritenute apprezzabili per il tentativo di allineare interpretativamente l’art. 5 c.p. alle istanze derivate dal principio di colpevolezza, tali posizioni non venivano accolte dalla Corte costituzionale, che pur in chiave “interpretativa”, accoglieva la questione di legittimità costituzionale dell’art. 5 c.p., soprattutto alla luce di un diritto vivente nel quale, salva la parentesi della buona fede nelle contravvenzioni, era data l’interpretazione più rigorosa della norma, volta a ritenere irrilevante non solo la conoscenza, ma anche la conoscibilità della legge penale (cfr. il § 21 della sentenza C. cost., n. 364/1988). Di tale “doveroso realismo”, d’altra parte, prendeva atto anche lo stesso D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 688.

<sup>335</sup> Cfr., in particolare, F. BRICOLA, voce *Teoria generale*, cit., 55, che osservava come l’esigenza di conoscibilità della legge penale fosse avvalorata dallo stesso art. 25, 2° c., Cost.. Nello stesso senso, cfr. anche D. PULITANÒ, *L’errore di diritto*, cit., 129 s., che osservava come i principi di legalità e irretroattività costituissero il presupposto imprescindibile, seppure non sufficiente, per contestualizzare la soluzione della scusabilità dell’errore di diritto inevitabile, e F.C. PALAZZO, *Il problema dell’ignoranza della legge penale nelle prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 782 s..

<sup>336</sup> Cfr. C. cost., n. 364/1988, § 17 della parte motiva in diritto, in cui si richiama inoltre il ruolo sussidiario del diritto penale come elemento chiave nella precomprensione dell’illiceità del fatto ben oltre l’istante della commissione del reato, argomento sul quale occorrerà tornare *infra*, § 4.3.

<sup>337</sup> Come si legge nella sentenza C. cost., n. 364/1988, § 18 della parte motiva in diritto. A commento della sentenza, sempre a sottolineare le implicazioni del principio di legalità rispetto alla necessaria scusabilità dell’errore di diritto inevitabile, cfr. G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza*, cit., 1389 ss., che nota, infine, come «il problema della riconoscibilità dei contenuti delle norme penali diventa un aspetto particolare di questioni di fondo che stanno più a monte, e che coinvolgono l’effettivo rispetto dei canoni della legalità e della tassatività», e F.C. PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 930. In proposito, cfr. anche G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 12.

<sup>338</sup> Il legame tra riconoscibilità e uguaglianza, in particolare, è osservato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1988, al § 24, nel momento in cui si osserva la necessità di trattamento differenziato se non altro tra il soggetto consapevole dell’illiceità della propria condotta e colui che tale consapevolezza non poteva avere. Sul punto, peraltro, cfr. le osservazioni che già formulava F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 75 ss., pur sottolineando l’impossibilità di riferire in senso assoluto l’esigenza di riconoscibilità a quella di uguaglianza.

*Schuldprinzip* (o *Schuldidee*)<sup>339</sup>, ossia come “progetto” di imputazione personale dell’illecito<sup>340</sup>. Spogliata dalle implicazioni più strettamente riconducibili alle esigenze di democraticità della fonte, in effetti, la legalità penale si mostra in una dimensione “servente” rispetto al più complesso giudizio di colpevolezza, nell’ambito del quale fa affiorare le condizioni minime nel rapporto tra soggetto e norma penale<sup>341</sup>. In questo senso, la Corte costituzionale e quella di Strasburgo osservano da diverse angolature la medesima verità, come ben si può notare non solo nei termini della sentenza *Sud Fondi* – in cui la Corte di Strasburgo decide finalmente di affrontare, non senza qualche incertezza, anche il problema della colpevolezza sul piano della relazione tra individuo e sostrato fattuale dell’illecito<sup>342</sup> – ma anche in quelli della sentenza n. 364/1988 che, pur dovendo

---

<sup>339</sup> Richiamando la già segnalata (v. *supra*, Cap. II, § 5.3), ed effettivamente illuminante, scomposizione tripartita del concetto di colpevolezza in *Schuldidee* (o *Schuldprinzip*), *Strafbegründungsschuld* e *Strafmaßschuld* proposta da H. ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1974, 2 ss., secondo il quale col termine si indica anzitutto un’istanza fondamentale del diritto penale, un principio, dal quale si possono derivare due categorie, difficilmente sovrapponibili, chiamate rispettivamente ad indicare i presupposti necessari per un’imputazione del reato ad un determinato soggetto e a far rilevare gli indizi utili per una commisurazione della pena “personalizzata” e, quindi, non incentrate esclusivamente sulla gravità della lesione. La prospettiva di Achenbach, che in questa sede interessa soprattutto per ciò che concerne la distinzione tra colpevolezza come principio e come categoria fondante (e solo marginalmente nel significato di *Strafmaßschuld*) risulta ampiamente recepita anche nella letteratura italiana: cfr., ad esempio, T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 803; L. MONACO, *Prospettive dell’idea dello “scopo” nella teoria della pena*, Jovene, Napoli, 1984, 112; D. PULITANÒ, *L’errore di diritto*, cit., 72 s.; M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, 553 ss..

<sup>340</sup> In questi termini, in particolare, cfr. T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza*, cit., 803, riprendendo chiaramente l’impostazione di Achenbach volta ad inquadrare il principio di colpevolezza come istanza prepositiva (*überpositives Regulativ*). E in quanto principio, invece che regola, secondo la distinzione tracciata da M. DONINI, *Teoria del reato*, Cedam, Padova, 1996, 25 ss., il principio di colpevolezza risulta suscettibile di attuazione graduabile, che evidentemente appare maggiormente posta in essere quanto più la categoria della colpevolezza contenga dati che possono fare venire meno l’assenza di un rimprovero soggettivo, ma ancor prima impone la sussistenza di una tipicità oggettiva (nella prospettiva, appunto, della legalità-riconoscibilità) e soggettiva, anche quest’ultima nella dottrina moderna sottratta alla categoria della colpevolezza (in particolare dalla riflessione di H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, 31 ss.) ancorché dettata dalle logiche sottese allo *Schuldprinzip*.

<sup>341</sup> In proposito, cfr. in particolare F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 92, che puntualmente sottolinea come «la colpevolezza, a sua volta, si sostanzia nella effettiva conoscenza o nella riprovevole ignoranza, che presuppone ovviamente la “conoscibilità” dello specifico *Unrecht* realizzato. Da questo sistema di principi fra loro strettamente connessi, e tutti di rango ovviamente costituzionale, discendono logicamente due corollari (...). In primo luogo, il principio di colpevolezza impone il divieto di leggi penali retroattive, poiché una legge inesistente al momento del fatto è ovviamente inconoscibile all’autore, al quale, dunque, non è possibile muovere alcun rimprovero di colpevolezza. In secondo luogo, è chiaro che, in una prospettiva simile, lo *Schuldgrundgedank* diventa, in definitiva, l’unico reale fondamento del principio di determinatezza». E a commento della sentenza n. 364/1988, osservava G. VASSALLI, *L’inevitabilità dell’ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, II, 11 ss., come l’aspetto più interessante della ricostruzione dei referenti costituzionali fosse proprio quello rappresentato dal collegamento con l’art. 25 Cost., sottolineando il «legame nettamente stabilito tra principio di colpevolezza e principio di legalità». Sul concetto di legalità come “specificazione” del principio di colpevolezza, richiamando i termini di Sax, cfr. anche C. ROXIN, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, I, 6° ed., Verlag C.H. Beck, München-Frankfurt A.M., 2006, 148.

<sup>342</sup> Significativi i termini della sentenza *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, cit., § 116, in cui la Corte osserva che «sarebbe incoerente da una parte esigere una base legale accessibile e prevedibile e, d’altra parte, permettere che si consideri una persona come “colpevole” e “punirla” nel momento in cui non era in grado di conoscere la legge penale, in ragione di un errore invincibile non imputabile a colui che ne è vittima». Nei termini della Corte si può apprezzare, da un lato, l’idea iniziale che sarebbe incoerente (o meglio non sufficiente) richiedere la riconoscibilità della legge penale senza considerare anche le esigenze di un rimprovero soggettivo ma, per altro verso, nella seconda parte dell’affermazione si torna a ricondurre l’assenza di colpevolezza sul mero piano dell’errore di diritto, quando anche alla luce della frase precedente la Corte avrebbe potuto in modo più deciso affermare che l’esigenza di riconoscibilità deve essere

fondare la decisione sull'art. 5 c.p. in base ad un prioritario riconoscimento del rango costituzionale del principio di colpevolezza (dalla portata ben più ampia, soprattutto in termini di necessaria "tipicità soggettiva", come già si sarebbe potuto osservare nella successiva e altrettanto nota sentenza n. 1085/1988), non mancava di osservare come la soluzione della scusabilità dell'ignoranza inevitabile si fondasse sulle medesime logiche sottese al principio di legalità.

Peraltro, tanto nella descritta giurisprudenza della Corte europea quanto, come si vedrà, in quella della stessa Corte costituzionale, nel concetto di "riconoscibilità" i profili più strettamente "formali" della legalità – ai quali ricondurre, come detto, anche i problemi di manifestazione della norma nel diritto "vivente"<sup>343</sup> – si arricchiscono di considerazioni "sostanziali" attinenti allo stesso contenuto dei precetti<sup>344</sup>. Come è stato puntualmente osservato, in effetti, il problema dell'errore di diritto dipende essenzialmente da una corretta formazione dei tipi di reato, sia dal punto di vista della determinatezza della fattispecie (al quale, appunto, si deve aggiungere anche la fondamentale valutazione del formante giurisprudenziale), sia dal punto di vista della rispondenza a riconoscibili funzioni di tutela<sup>345</sup>. E, invero, non è estranea alla prospettiva della riconoscibilità anche un'indagine più strettamente personalistica sulle condizioni di socializzazione del soggetto agente che possono incidere sulla sua comprensione della norma penale – così come d'altra parte lo *Schuldprinzip* impone, sul versante del rapporto col fatto, la valutazione di determinate cause soggettive che escludono la possibilità di formulare un giudizio personale di rimprovero (ad esempio, in caso di stato di necessità c.d. "scusante") anche in presenza di dolo o colpa – ma tale terzo profilo, va ribadito, non appare particolarmente valorizzato nella giurisprudenza della Corte europea.

---

completata in base ad un principio di colpevolezza che imponga una considerazione di tutte le componenti soggettive della non rimproverabilità. Si pensi all'affermazione della Corte costituzionale secondo la quale «a nulla varrebbe la tassatività delle leggi quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto. Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto» (§ 8 della sentenza n. 364/1988). Anche il virgolettato, in effetti, conferma l'impressione che la Corte abbia voluto affacciare tale interpretazione evolutiva dell'art. 7 Cedu, a differenza di quanto fatto nella sentenza *Scoppola*, "tra le righe" (ossia mediante quello che potrebbe considerarsi un *obiter dictum*).

<sup>343</sup> Nella dottrina – cfr., ad esempio, G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente. Tra legge e diritto delle Corti*, in *Aa. Vv., Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, 2367 – e nella giurisprudenza italiana (v. le recenti decisioni sulla retroattività dell'*overruling* favorevole che si analizzeranno *infra*, Cap. IV, § 2.1) si parla talvolta, in questo senso, di "legalità materiale". Tuttavia, in questa sede, appare opportuno mantenere ferma anche in chiave terminologica l'antitesi tra presupposti "formali", ossia attinenti alla manifestazione del precetto da parte dell'ordinamento (comprensivi dell'aspetto giurisprudenziale), da quelli "sostanziali", che guardano al contenuto dello stesso e, quindi, al disvalore dell'illecito.

<sup>344</sup> Che già caratterizzavano, d'altra parte, le segnalate riflessioni di D. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., 129 ss., e di F. BRICOLA, voce *Teoria generale*, cit., 55.

<sup>345</sup> Cfr. le osservazioni di D. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., 130 s. e ID., *Una sentenza storica*, cit., 729, nelle quali si richiamano, in senso analogo, i termini di ART. KAUFMANN, *Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962*, in *ZStW*, 1964, 562 ss..

In definitiva, il canone di riconoscibilità della legge penale considera da una triplice angolazione – formale, sostanziale e personalistica – il rapporto dell’individuo con la legislazione penale, in una dimensione “evoluta” del principio di legalità finalizzata alla realizzazione del principio di colpevolezza.

A margine di tali considerazioni, peraltro, si può notare che il principio di riconoscibilità della legge penale, almeno nella sua veste più strettamente formale, ha un preciso significato anche dal punto di vista processuale, in quanto volto a garantire l’effettivo esercizio del diritto di difesa. L’affidamento nell’aderenza della soluzione giudiziale ai testi legislativi rilevanti (e, in misura ancor più significativa, ai precedenti in materia, soprattutto se provenienti da organi con funzione nomofilattica) – quale presupposto di ogni strategia difensiva, per quanto possa essere volta a infiltrarsi nelle lacune di tutela presenti in un ordinamento – non può essere frustrato da una soluzione giudiziale del tutto imprevedibile. Tale dimensione processuale è stata osservata anche da autorevole dottrina che ha notato come, sin dalla fase delle indagini preliminari, «anche la polizia giudiziaria diverrebbe protagonista di un’attività creatrice di norme: ricercerebbe prove della sussistenza di reati la cui definizione verrebbe lasciata al suo arbitrio; un analogo arbitrio caratterizzerebbe inoltre l’esercizio dell’azione penale da parte del pubblico ministero»<sup>346</sup>, considerazione questa che fornisce un’ulteriore indicazione in ordine alla corretta interrelazione tra la prospettiva “formale” e quella “sostanziale” della riconoscibilità della norma penale, sulla quale si tornerà in chiusura di capitolo (v. *infra*, § 4.3.).

### **3.2. L’insufficienza delle ricostruzioni teleologiche: il principio di riconoscibilità come presidio garantistico e liberale rispetto alla funzione punitiva.**

Riprendendo le fila dell’indagine intrapresa nel capitolo precedente (in particolare, v. *supra*, Cap. II, § 5.2), si può ora procedere ad inquadrare il ruolo del canone della riconoscibilità della legge penale in relazione al concetto di *peine* come misura con funzione punitiva, ripercorrendo il confronto tra le teorizzazioni in chiave funzionale-teleologica e quelle di tipo disfunzionale-limitativo. Tale sguardo, per quanto detto circa la posizione “intermedia” del concetto di

---

<sup>346</sup> Questi i termini di G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 122, i quali richiamano la riflessione di F. BRICOLA, *Il II e III comma*, cit., 257, che acutamente osservava come esigenze di determinatezza siano imposte dalla Costituzione già dall’art. 13 Cost. in riferimento alle misure cautelari e che queste sarebbero tradite se rapportate a incriminazioni indeterminate sulla base delle quali valutare i gravi indizi di colpevolezza, riferendosi peraltro alla stessa obbligatorietà dell’azione penale come principio volto a presupporre un potere vincolato da fattispecie precise. Il ruolo ricoperto dal principio di riconoscibilità della norma penale anche all’interno della fase processuale, come presupposto imprescindibile per l’effettivo esplicarsi di una serie di prerogative individuali e principio costituzionali sulla giurisdizione (in particolare, incidendo sull’ampiezza del libero convincimento rispetto all’acquisizione probatoria e sulla dimensione dell’onere di motivazione), è sottolineato anche da M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Giappichelli, Torino, 1979, 110 ss..

conoscibilità tra i principi di legalità e colpevolezza, deve rivolgersi tanto alle riflessioni inerenti i corollari storici del primo (ossia determinatezza ed irretroattività), quanto al più moderno dibattito in merito alla possibilità di orientare in chiave teleologica il secondo e, quindi, le stesse categorie della *Strafzumessungsschuld* e della *Strafbegründungsschuld*. Si è avuto modo di osservare, in effetti, come proprio i termini della discussione circa il ruolo della colpevolezza rispetto alle funzioni della pena abbiano contribuito ad “isolare” un significato di punizione come inflizione di una misura dal contenuto “volutamente” afflittivo (comune a determinate idee di scopo ed alla classica impostazione retributiva) quale reazione alla commissione di un fatto illecito che, come si vedrà in questa sede, è quella che chiama in causa i principi di colpevolezza e di riconoscibilità, in chiave essenzialmente “antagonistica” piuttosto che “teleologica”.

Gli embrioni di una teoria teleologico-funzionalista, in effetti, possono essere rintracciati già nell’inquadramento del principio del *nullum crimen sine lege* di Feuerbach nel quale, accanto ad una venatura più propriamente garantistica – espressione di un approccio liberale volto anzitutto a tutelare il cittadino di fronte al potere statale – emergeva un’impronta più marcatamente ispirata a logiche di politica criminale, collegata all’effetto monitorio della sanzione penale<sup>347</sup>. Analoga risulta la coeva ricostruzione utilitaristica della pena tratteggiata, in ambiente anglosassone, da Jeremy Bentham che – in una concezione della pena fondata sulla logica dell’inflizione di un male volta ad evitarne uno maggiore – individuava una serie di ipotesi di “inefficacia” del sistema punitivo, tra le quali venivano significativamente accostate quella della retroattività della legge penale, della legge adottata ma non “sufficientemente promulgata” (ossia non portata ad adeguata conoscenza dei cittadini) ed una casistica più strettamente riferibile alla dimensione personalistica del rimprovero (nei casi di *infancy*, *insanity*, *intoxication*, ma anche *unitentionality*, *unconsciousness*, stato di necessità, minaccia e costrizione)<sup>348</sup>.

Tale prospettiva ha trovato storicamente maggior riconoscimento, come noto, nelle concezioni imperativistiche della norma penale le quali – nel sottolinearne la funzione di comando focalizzando il contenuto dell’antigiuridicità sull’idea di disobbedienza e così illuminando, in una

---

<sup>347</sup> Su tale profilo del pensiero di Feuerbach, cfr. M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Edizioni di comunità, Milano, 1970, 446 ss., che nota come piuttosto nella letteratura tedesca si sia conseguentemente individuata la peculiarità della sua teoria non tanto nell’idea di “coazione psicologica”, quanto alla fondazione sulla “legge positiva”. In proposito, cfr. anche G. VASSALLI, voce “Nullum crimen sine lege”, in *Dig. disc. pen.*, 4 ed., VIII, Utet, Torino, 1994, 498 e F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 89. L’idea di Feuerbach viene richiamata di frequente anche nella dottrina penalistica più recente; in proposito cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Esi, Napoli, 1992, 121 ss., che sottolinea l’importanza della fondazione del sistema penale sul principio di legalità, alla luce del suo inscindibile legame con le funzioni di prevenzione generale assolute dalla sanzione, C. FIORE-S. FIORE, *Diritto Penale - Parte generale*, 3° ed., Utet, Torino, 2008, 85, e G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 12 e 121.

<sup>348</sup> Tale riflessione viene svolta, come noto, nel tredicesimo capitolo della *Introduction to the principles of morals and legislation*. Sul punto, cfr. G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 840 s..

costruzione fondata sul legame inscindibile tra precetto e sanzione, soprattutto la finalità general-preventiva negativa della pena<sup>349</sup> – pongono in rilievo il ruolo del principio di riconoscibilità essenzialmente nella sua funzione motivazionale. Per tale ragione, in tali teorizzazioni affiora in maniera ancora più “pura” il volto teleologico della legalità nel momento in cui si individua la conoscenza dell’antigiuridicità penale da parte del soggetto agente come presupposto dell’imputazione dolosa, secondo il modello della *Vorsatztheorie*<sup>350</sup>. D’altra parte, proprio nella nota ricostruzione di Petrocelli, il concetto di conoscibilità non perde una sua centralità, seppur recuperata in una dimensione più strettamente processuale, nella misura in cui questo viene a fondare una sorta di presunzione assoluta di conoscenza della legge penale<sup>351</sup>.

Fuori da una prospettiva di stampo schiettamente imperativistico, la più autorevole ricostruzione in chiave funzionalistica in epoca moderna del principio di riconoscibilità della norma penale si iscrive nell’elaborazione teleologica del reato che caratterizza il pensiero di Claus Roxin. Come noto, in una più ampia teorizzazione volta a riconoscere alle categorie del reato una dimensione coerente e funzionale rispetto all’esplicarsi delle funzioni di politica criminale<sup>352</sup>, il problema della coscienza dell’illiceità era preso in considerazione nell’ambito della categoria della colpevolezza (successivamente denominata “responsabilità”) chiamata a far emergere la necessità di punizione di un soggetto deviante per ragioni di prevenzione generale e speciale<sup>353</sup>. Si notava, in particolare, come nei casi di erronea valutazione del divieto dovuta a cause “oggettive” potenzialmente

---

<sup>349</sup> In ambito italiano, cfr. la nota ricostruzione di B. PETROCELLI, *L’antigiuridicità*, 4° ed., Cedam, Padova, 1966, *passim*, volta ad individuare il fondamento dell’antigiuridicità sulla violazione dell’obbligo e, pertanto, critica rispetto ad un’artificiosa separazione di piani tra antigiuridicità e colpevolezza (con la prima categoria a precedere la seconda). Nell’intera opera di Petrocelli si chiarisce a più riprese come non possa esistere un’idea di imperativo se non in relazione alla sanzione prevista dall’ordinamento e come proprio la “qualità” della sanzione medesima distingua diversi precetti e diversi illeciti (civile e penale) anche se riferiti al medesimo fatto, valorizzando la funzione della pena come minaccia, in grado di esprimere la valutazione di antisocialità dell’azione ed il comando conseguente. Sul punto, anche in relazione alla precedente elaborazione nella letteratura tedesca di Hold von Ferneck, cfr. anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Giuffrè, Milano, 2000, 169 s..

<sup>350</sup> Cfr. B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, 3° ed. ristampata, Cedam, Padova, 1962, 120 ss.. Nello stesso senso, cfr. M. SPASARI, *Diritto penale e costituzione*, Giuffrè, Milano, 1966, 85 ss..

<sup>351</sup> Cfr. B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., 136 ss., che sulla base della distinzione tra conoscenza della norma e relativa prova, pur ritenendo opportuna una disposizione come l’art. 5 c.p. in relazione all’impossibilità di dimostrare la conoscenza della norma penale da parte dell’agente nel procedimento a suo carico, affermava la necessaria conoscenza ai fini del funzionamento del precetto come comando. Sul punto, cfr. la critica di D. PULITANÒ, *L’errore di diritto*, cit., 48 ss..

<sup>352</sup> Cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in Id., *Politica criminale e sistema del diritto penale* (a cura di S. Moccia), Esi, Napoli, 1998, 46 ss. e *passim*.

<sup>353</sup> Tale concezione si affaccia in C. ROXIN, *Politica criminale*, cit., e appare sviluppata soprattutto dai successivi saggi ID., *“Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strarechtliche Systemkategorien*, in Id., a cura di, *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974 e ID., *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in A. Kaufmann, a cura di, *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, Verlag C.H. Beck, München-Frankfurt A.M., 1979.

concernenti tutti i consociati (in altri termini, nei casi di vizi di riconoscibilità della norma penale), venisse meno ogni esigenza di prevenzione generale e di rieducazione per il soggetto<sup>354</sup>.

Ora, le critiche alle quali è stata sottoposta l'idea di orientamento teleologico del principio di colpevolezza sono note ed esemplarmente esposte, in ambiente anglosassone, da Hart che, nel suo saggio sulla responsabilità giuridica e le scuse, esponeva lucidamente i profili critici della concezione benthamiana delle scusanti come condizioni di efficienza del sistema punitivo. Rispetto alla specifica tematica della riconoscibilità della norma, in particolare, si notava come anche una minaccia di pena portata inutilmente rispetto ad un individuo o ad una categoria di soggetti non precludesse necessariamente ogni efficacia preventiva della successiva applicazione, osservazione che trova echi anche nella letteratura italiana più recente<sup>355</sup>. D'altra parte, con tale considerazione non si intendeva certamente suggerire l'opportunità di un sacrificio delle garanzie in nome della funzione – ciò che in effetti appare tuttora avvenire nelle esperienze straniere delle *infractions matérielles* o della *strict liability*<sup>356</sup> – bensì mostrare le insufficienze delle spiegazioni del principio di riconoscibilità, ed in generale del principio di colpevolezza, nel senso della massimizzazione dell'efficacia di un sistema fondato su di una c.d. "economia delle minacce" e farne emergere l'autentico fondamento individuato nell'esigenza di assicurare la libertà di scelta (secondo il modello del "*choosing system*") tra lecito e illecito<sup>357</sup>.

Tale lettura "antagonistica" del principio di riconoscibilità, poi confluita nella più ampia e moderna riflessione sul principio di colpevolezza sollecitata dalla proposta di Roxin, è quella che appare maggiormente recepita in epoca più recente<sup>358</sup>. Nella sua opera monografica sull'errore di diritto, richiamando la riflessione hartiana, Pulitanò osservava come la razionalità di una costruzione in chiave utilitaristica dell'esimente dell'ignoranza inevitabile della legge penale sia

---

<sup>354</sup> Cfr. ID., "*Schuld*" und "*Verantwortlichkeit*", cit., 187 s., in cui si osserva che da un lato vengono meno le esigenze di risocializzazione del soggetto caduto in errore inevitabile e, dall'altro, che egli non rappresenta un cattivo esempio tale da motivare una sanzione sulla base di ragioni general-preventive, notando come lo stesso concetto di evitabilità dell'errore non sia un dato determinabile in astratto, bensì sulla base di ragioni di una politica criminale razionale. Nello stesso senso, cfr. anche ID., *Zur jüngsten Diskussion*, cit., 290.

<sup>355</sup> Cfr. H.L.A. HART, *Legal responsibility and excuses*, in ID., *Punishment and responsibility* (riedizione a cura di J. Gardner), Oxford University Press, Oxford, 2008, 43. Di recente, nota la maggior efficacia generalpreventiva di un diritto penale oramai incerto, e quindi la frattura tra idea di certezza del diritto e funzione deterrente, F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1198 ss.. In un ordine di idee complementare, nota F.C. PALAZZO, *Ignorantia legis*, cit., 926, come anche la condanna in assenza di colpevolezza di un soggetto contribuisce ad ampliare il raggio d'azione della norma e a potenziarne l'efficacia intimidatoria.

<sup>356</sup> Cfr. l'indagine comparatistica di M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, Giuffrè, Milano, 1993, 103, in cui si osserva diffusamente come proprio ragioni di prevenzione, ritenute prevalenti anche da diversi settori della dottrina, fondino l'imputazione oggettiva di determinati reati.

<sup>357</sup> Cfr. H.L.A. HART, *Legal responsibility and excuses*, cit., 44.

<sup>358</sup> Nella letteratura italiana, sulle difficoltà di inquadramento del principio di colpevolezza, e conseguentemente della categoria (con uno sguardo, quindi, non limitato al problema dell'ignoranza inevitabile della legge penale), cfr. in particolare i noti interventi nel dibattito occasionato dal convegno svoltosi a Napoli nel 1986 di G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza*, cit., 855 ss. e T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza*, cit., 819 ss.. Declinando specificamente tale riflessione sull'esigenza di conoscibilità della legge penale, nota le difficoltà di adattamento allo scopo di tutela di beni giuridici F.C. PALAZZO, *Ignorantia legis*, cit., 924 ss..

solo apparente, concludendo che «al pari del principio di legalità, il principio “liberale” di colpevolezza innesta, sulla funzione di garanzia individuale, un modello specifico di organizzazione delle istituzioni penali. Il suo nucleo garantista viene a consolidare, con la certezza d’azione dei singoli individui, l’intangibilità della libertà individuale come momento costitutivo della società, e quindi come criterio (ragione e limite insieme) della difesa dei beni giuridici»<sup>359</sup>. E rispetto all’affermazione della Corte costituzionale secondo la quale «da qualunque teoria s’intenda muovere (eccezion fatta per quella della prevenzione generale in chiave di pura deterrenza, che, peraltro, come s’è già avvertito, non può considerarsi legittimamente utilizzabile per ascrivere una responsabilità penale) e dovendo la violazione del precitato dovere essere “rimproverabile”, l’impossibilità di conoscenza del precetto (e, pertanto, dell’illiceità del fatto) non ascrivibile alla volontà dell’interessato deve necessariamente escludere la punibilità»<sup>360</sup>, lo stesso Autore, precisando in chiave critica le due facce della prevenzione generale rispetto al problema della riconoscibilità (che poi nient’altro sono che rifrazioni della stessa duplice idea di “certezza del diritto” già tratteggiata da Palazzo<sup>361</sup>), osservava come l’importanza storica della sentenza fosse piuttosto quella di aver «valorizzato, quale principio ricostruttivo del sistema penale, un modello genuinamente liberale dei rapporti Stato-cittadino»<sup>362</sup>.

Emerge, in fondo, come sia l’idea di sofferenza legalmente inflitta – che, come si è visto precedentemente, è condivisa da determinate concezioni dello scopo della pena ma anche dalla classica impostazione retributiva (v. *supra*, Cap. II, § 5.2) – a chiamare in causa l’esigenza di addebito soggettivo come contraltare limitativo<sup>363</sup>; in termini più marcatamente eticizzanti, è la pena come “castigo” che impone la necessaria formulazione di un “rimprovero”, il che vale sia sul

<sup>359</sup> In questi termini D. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., 108. Nello stesso senso, pur focalizzando la propria attenzione sul profilo della determinatezza, osservava il fondamento “intimamente” garantista del principio di riconoscibilità anche F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 170 ss.. In senso analogo, e con accentuazione dei legami con la concezioni liberali, cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 65 ss..

<sup>360</sup> Così si esprime la Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1988, § 14 della parte motiva in diritto.

<sup>361</sup> Cfr., in proposito, F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 54 ss., che osserva come della certezza si possa enucleare un significato “soggettivo”, inteso come conoscibilità della norma d’azione da parte del soggetto agente, e uno “oggettivo”, inteso come sicurezza che a date azioni o situazioni corrisponderanno immancabilmente ed invariabilmente determinate conseguenze giuridiche, notando come i due contenuti, sebbene correlati, non fossero esattamente coincidenti. In particolare, in queste sede interessa sottolineare come la garanzia della certezza “soggettiva” comporti in talune ipotesi la rinuncia all’inesorabile operatività della conseguenza giuridica rappresentata dalla sanzione penale. In questa chiave può essere illustrata, appunto, la parallela duplice declinazione delle esigenze di prevenzione generale rispetto al principio di riconoscibilità.

<sup>362</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., 692 ss., precisando che se è vero che esigenze di prevenzione generale tendono a minimizzare la possibilità di sfuggire alle maglie della legge mediante il riconoscimento di scusanti, proprio nell’ottica della funzionalità alla minaccia si fossero sviluppate le prime ricostruzioni in chiave teleologica del principio di riconoscibilità. Sul duplice volto della prevenzione generale “dissuasiva” e “persuasiva”, ed i relativi riflessi sulle possibilità di orientamento funzionale del canone della riconoscibilità, cfr. anche T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza*, cit., 820.

<sup>363</sup> Osserva T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza*, cit., 829, come l’idea di rimprovero morale propria della colpevolezza emerge essenzialmente nel momento in cui la pena si delinea come risposta sanzionatoria a contenuto afflittivo, non qualificandosi semplicemente come un tributo corrisposto per un “trattamento” sociale. Nello stesso senso, cfr. F.C. PALAZZO, *Ignorantia legis*, cit., 931.

terreno della commisurazione della pena – in cui l’istanza di proporzione rispetto alla colpevolezza del fatto (*Strafzumessungsschuld*) si è offerta come strumento preferenziale per scongiurare i rischi connessi all’incondizionato accoglimento delle logiche di deterrenza, di prevenzione-integrativa e di ammonimento<sup>364</sup> – sia, e soprattutto, su quello della *Strafbegründungsschuld*, nell’ambito del quale il canone della riconoscibilità della legge penale emerge nel suo ruolo irrinunciabile di limite garantistico-liberale rispetto alle funzioni della pena che ne presuppongono un carattere “volutamente” afflittivo, tenendo conto del fatto che anche rispetto alla prevenzione speciale risulta non del tutto soddisfacente l’orientamento teleologico<sup>365</sup>. D’altra parte, anche nella “parabola” cui

---

<sup>364</sup> Nota S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 1992, 98, che il “terrore statale” veicolato attraverso comminatorie edittali eccessive finisce per disorientare i destinatari di queste ultime, rendendo poco credibile il sistema stesso, oltre che comportare effetti criminogeni, nonché di essere suscettibile di applicazione non effettiva. Sul primo profilo, in particolare, già si esprimeva Beccaria, che notava come «l’atrocità stessa della pena fa sì che si ardisca tanto più per schivarla, quanto è più grande il male a cui si va incontro: fa sì che si commettano più delitti per fuggire la pena di uno solo» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene, riedizione a cura di G.D. Pisapia*, Giuffré, Milano, 1973, 54). D’altra parte, l’esigenza di evitare che l’individuo sia trattato in modo strumentale mediante l’inflizione di pene esemplari, già esposta da Kant ne *La metafisica dei costumi*, non risulta essenzialmente discussa nelle moderne teorie della prevenzione generale che in sede di applicazione concreta accentuano soprattutto il momento della certezza e dell’effettività della sanzione ed anche relativamente alla commisurazione concreta sottolineano l’importanza dell’adeguatezza rispetto al fatto commesso nell’ambito della cornice edittale previamente stabilita, piuttosto che un travalicamento funzionale ad un impatto emotivo sui consociati. Ad esempio, nella “dichiarazione di fede” di J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell’irrogazione e dell’esecuzione della pena*, in M. Romano-F. Stella, a cura di, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980, 47 s., nella prevenzione generale come criterio guida dell’ordinamento penale, non si rinuncia a considerazioni di giustizia e umanità tali da imporre una sanzione proporzionata alla gravità del reato e nel rispetto di un canone di uguaglianza tale da escludere la legittimità di pene esemplari. Peraltro, non è disconosciuta la necessità di proporzione anche nella fase di posizione della norma, nei termini di W. NAUCKE, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in M. Romano-F. Stella, a cura di, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980, 65 s., il quale discutendo la posizione di Feuerbach, volta a non riconoscere alcun limite alla logica della minaccia in fase di commisurazione astratta rimanendo la sua incidenza sulla libertà degli individui solo potenziale, osserva come un vero confronto con i diritti fondamentali non possa che prescindere da una proporzione anche in fase di commisurazione astratta. Per altro verso, la proporzione gioca un ruolo fondamentale anche nelle teorie neoretributive della prevenzione integrativa, altrimenti esposte a dare eccessivo sfogo ai “bisogni di pena”; cfr., sul punto, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 90 ss. e G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza*, cit., 845, il quale nota come nelle teorie della prevenzione generale positiva l’idea di pena “giusta” e pena “utile” costituiscano due facce della stessa medaglia, nella misura in cui lo scopo può essere raggiunto solo se la pena è avvertita dal destinatario come proporzionata. E la stessa Corte europea, come segnalato, pur richiedendo la repressione penale di determinate lesioni di diritti fondamentali in ottica general-preventiva e di appagamento della vittima, non può fare a meno di richiamare la proporzione al fatto commesso come canone di idoneità della risposta punitiva statale. Infine, quanto alla relazione tra proporzione e funzioni monitorie, deve osservarsi che questa si fonda sull’idea che pene eccessive verrebbero avvertite dal condannato come un sopruso, senza rendere comprensibile il messaggio normativo e acuendo la carica di ribellione nei confronti dell’ordinamento; in questi termini, cfr. ancora S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 1992, 99.

<sup>365</sup> Certamente il significato “pedagogico” della rieducazione chiama in causa il principio di colpevolezza in chiave tendenzialmente funzionale, essendo insostenibile la pretesa di svolgere un messaggio educativo rispetto a chi ha commesso un fatto senza possibilità di comprenderne il disvalore. E proprio tale argomentazione, come noto, ha permesso il riconoscimento del rango costituzionale del principio di colpevolezza, e la conseguente dichiarazione di illegittimità parziale dell’art. 5 c.p., nella sentenza C. Cost. n. 364/1988, che richiamava autorevoli voci dottrinali che avevano valorizzato una lettura evolutiva e combinata dell’art. 27, 3° c., Cost.. In particolare, era nella riflessione di F. BRICOLA, voce *Teoria generale*, cit., 51 ss., che si osservava come la funzione rieducativa, pur affiancandosi ad altri momenti teleologici della pena, imponesse la necessità di muovere al reo un rimprovero quanto più personalizzato, richiamando i termini di D. PULITANÒ, voce *Ignoranza della legge penale*, in *Enc. dir.*, XX, Giuffré, Milano, 1970, 36, poi ribaditi dallo stesso Autore in *ID.*, *L’errore di diritto*, cit., 116 s.. Ma la prospettiva già appare mutare nel momento in cui l’idea della prevenzione speciale assume una veste più marcatamente monitoria – che, come sottolineato, è quella

assiste il concetto di colpevolezza nel pensiero di Roxin si assiste, infine, ad una difesa, nella sua dimensione di limite delle funzioni preventive della pena<sup>366</sup> (anche in relazione alle derive estreme a cui era approdata tale visione nei termini di Jakobs<sup>367</sup>) nella quale appare rivalutata la distinzione lisztiana tra politica criminale e diritto penale, venendo quest'ultimo chiamato a difendere la libertà del cittadino dall'arbitrio dell'autorità (nella nota immagine di *Magna Charta* del reo) per come imperniato sui principi di legalità e colpevolezza.

In definitiva, rispetto alle diverse idee di punizione, la riconoscibilità della legge penale (come la necessità di una personalizzazione del giudizio di rimprovero) evidenzia profili di disfunzionalità che rendono le costruzioni “teleologiche”, sebbene volte ad illuminarne profili funzionalisti senza dubbio esistenti rispetto alla prevenzione, non del tutto soddisfacenti, essendo l'idea di colpevolezza coerente probabilmente solo con una concezione rigorosamente retributiva<sup>368</sup>. L'idea hartiana di *choosing system*, nella sua portata “sconcertante”<sup>369</sup>, ovvero quella roxiniana di “motivabilità attraverso norme”<sup>370</sup>, soprattutto alla luce di un certo superamento in epoca moderna della contrapposizione tra determinismo e indeterminismo<sup>371</sup>, appare ancora sottendere irrinunciabilmente ogni discussione sul principio di colpevolezza e, specificamente, sulla necessaria conoscibilità della norma penale, espressione dell'esigenza di “sicurezza giuridica” del cittadino. Si osserverà, peraltro, come tale significato non possa che incidere sulla dimensione dogmatica del giudizio di conoscibilità ed, in particolare, sul dover essere della relazione tra presupposti “formali” e “sostanziali”, nella quale si annidano “ombre” della giurisprudenza di Strasburgo che risentono proprio del cedimento della colpevolezza di fronte alle esigenze preventive (v. *infra*, § 4.3).

Proprio la prospettiva liberal-garantistica, inoltre, è quella che pare accolta dalla giurisprudenza della Corte europea, coerente con l'idea dei diritti fondamentali come limite individualistico al potere statale (cfr. *supra*, Cap. I, § 2.2), nella quale non avrebbe senso l'ingresso di valutazioni

---

maggiormente valorizzata dalla Corte europea – poiché, in effetti, non si vede come l'efficacia di un sistema di dissuasione dalla recidiva potrebbe essere massimizzata dal limite della riconoscibilità delle conseguenze giuridiche derivanti dalla commissione del primo fatto. In altri termini, un *overruling* sfavorevole potrebbe essere fatto retroagire per la sola esigenza di scoraggiare l'imputato dal commettere fatti analoghi in futuro.

<sup>366</sup> Cfr., C. ROXIN, *Che cosa resta della colpevolezza nel diritto penale*, in Id., *Politica criminale e sistema del diritto penale* (a cura di S. Moccia), Esi, Napoli, 1998, *passim*, e già Id., *Zur Problematik des Schuldstrafrechts*, in *ZStW*, 1984, trad. it., *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 20.

<sup>367</sup> Cfr. la nota ed estrema posizione di G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Mohr, Tübingen, 1976, *passim*, secondo il quale la colpevolezza non riflette che i bisogni di pena della collettività. Sul punto, cfr. le osservazioni critiche di G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, cit., 860.

<sup>368</sup> Sul punto, cfr. ancora F.C. PALAZZO, *Ignorantia legis*, cit., 926.

<sup>369</sup> Come la definisce D. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., 106, che pur riconosce l'efficacia della locuzione nel «descrivere le implicazioni di un sistema fondato sul principio di colpevolezza».

<sup>370</sup> Cfr. C. ROXIN, *Che cosa resta della colpevolezza*, cit., 164 s. Richiama il medesimo concetto come unico fondamento del “rimprovero” penale, preferito a quello di “libertà di agire al momento del fatto”, anche M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, 59.

<sup>371</sup> Cfr. E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, Giuffrè, Milano, 1978, 234 ss.; C. ROXIN, *Che cosa resta della colpevolezza*, cit., 165, e già H. WELZEL, *Il nuovo volto*, cit., 31 ss..

funzionalistiche rispetto alle esigenze di politica criminale, anche considerando che in fase di decisione sull'applicabilità dell'art. 7 Cedu, come detto, la Corte non si riferisce direttamente alla logica general-preventiva o a quella rieducativa (v. *supra*, Cap. II, § 5.2), le uniche in grado di orientare teleologicamente il principio di riconoscibilità. Si comprende, così, il motivo per cui le enunciazioni di principio inerenti il giudizio sull'art. 7 Cedu si aprano con la statuizione secondo la quale «la garanzia consacrata dall'art. 7 Cedu (...) deve essere ricostruita ed applicata, come si evince dal suo oggetto e funzione, in modo da offrire una tutela effettiva contro le persecuzioni, le condanne e le punizioni arbitrarie»<sup>372</sup>. E proprio nel riferimento all'“oggetto” e alla “funzione” – e nel caso *Sud Fondi* direttamente alla “logica della pena e della punizione”<sup>373</sup> – si può apprezzare la giurisprudenza della Corte europea per la sua capacità di ricostruire la sfera di operatività del principio di riconoscibilità in chiave “funzionalistica *a contrario*”, ossia sulla base di un'indagine sugli scopi della sanzione ma in una prospettiva schiettamente antagonista e liberale.

D'altra parte, se la concezione della norma penale come comando ha il merito di valorizzare l'idea di libera scelta e di “ribellione” come fondamento dell'intervento punitivo, così richiedendo la stessa conoscenza del binomio precetto-sanzione, appare comunque delinearsi un certo squilibrio nel rapporto antagonista tra funzione e limite dell'intervento punitivo proprio perché nell'accentuazione della dimensione “persuasiva” della generalprevenzione appaiono sottovalutate le esigenze di tutela proprie dell'ordinamento<sup>374</sup> (le stesse che, per altro verso, conducono ad ammettere l'imputazione per colpa incosciente di determinate condotte). In altri termini, è vero che nell'applicazione di una norma penale conoscibile ma non conosciuta vi è comunque un insuccesso del comando primario e, pertanto, un destinatario non autenticamente “motivabile”, ma l'inflizione della sanzione comunque riafferma la validità dei cc.dd. “doveri di conoscenza” rispetto ai quali il

---

<sup>372</sup> Cfr. *S.W. c. Regno Unito*, cit., § 34. Tale affermazione è costantemente ribadita anche nelle pronunce più recenti; cfr., ad esempio, la sentenza della *Grande Chambre Kononov c. Lettonia*, cit., § 185.

<sup>373</sup> Cfr. la sentenza *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, cit. § 116.

<sup>374</sup> In questo senso, D. PULITANO, *L'errore di diritto*, cit., 545 ss., il quale osservava come il corretto equilibrio tra esigenze preventive della pena e funzioni “liberali” cui tende l'imputazione soggettiva dell'illecito a livello di fondamento della responsabilità rendesse opportuno l'accoglimento di un parametro di matrice colposa (la necessaria “conoscibilità” piuttosto che “conoscenza”), salva la possibilità di recuperare talune esigenze di attenuazione del rimprovero in fase di commisurazione della pena in caso di errore inescusabile. Nello stesso senso, osservando che le esigenze dettate dal principio di colpevolezza ancorché maggiormente realizzate dalla soppressione dell'art. 5 c.p., fossero già sufficientemente salvaguardate da un'interpretazione volta ad introdurre il requisito della “riconoscibilità” e, quindi, avvalorando una concezione della norma come imperativo “potenziale”, cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale*, cit., 56 s.. Più di recente, nello stesso senso, v. G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza*, cit. 1388, secondo il quale la *Schuldtheorie* risponde meglio alle esigenze di temperamento equilibrato tra tutela dei beni giuridici e istanze personalistiche del principio di colpevolezza. In senso adesivo rispetto alla *Schuldtheorie*, cfr. anche F.C. PALAZZO, *Ignorantia legis*, cit., 932 ss., F. MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 380 ss., e F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte costituzionale 364/1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 230 ss..

soggetto non si è conformato<sup>375</sup>. Come osserva Donini, allora, «la teoria della colpevolezza rappresenta in realtà una soluzione di compromesso fra le istanze “etiche” della teoria del dolo e le esigenze generalpreventive e responsabilizzanti del vecchio principio di inescusabilità della legge penale»<sup>376</sup>. D'altra parte, come si è visto, da un lato nella stessa riflessione di Petrocelli si assiste ad un ridimensionamento processuale di tale esigenza che sembra in qualche modo farsi carico, pur in chiave essenzialmente probatoria, di tali esigenze<sup>377</sup>; dall'altro, anche in relazione a quanto si dirà circa i profili “sostanziali” del giudizio di riconoscibilità, la distanza tra la *Schuldtheorie* e la *Vorsatztheorie* appare in certe ipotesi doversi necessariamente assottigliare (v. ancora *infra*, § 4.3)<sup>378</sup>.

### **3.3. Il problema dell'estensione del principio di riconoscibilità alle politiche di contrasto della pericolosità: il significato della legalità “preventiva”.**

Come osservato a più riprese, il canone di riconoscibilità risulta valorizzato dalla Corte europea essenzialmente rispetto a quelle funzioni preventive della pena che ne presuppongono un carattere volutamente afflittivo; dalla nozione di *matière pénale* rimane così esclusa l'idea di trattamento della pericolosità (v. *supra*, Cap. II, § 5.2). In effetti, in una prospettiva incentrata sulla figura dell'autore pericoloso (o delle cose pericolose) – e, quindi, volta ad inquadrare il reato in chiave meramente sintomatica – risulta storicamente svalutato il principio di riconoscibilità della legge penale, più propriamente legato ad un diritto penale “del fatto”<sup>379</sup>. Noti, ad esempio, i termini di Ferri che, nei *Principi di diritto criminale*, pur riconoscendo il valore (contro gli “abusi medievali”) del divieto di retroattività della nuova incriminazione, lo indicava come derogabile in caso di mutamenti del quadro sanzionatorio, dovendo il cittadino «sottostare alle conseguenze che la legge

---

<sup>375</sup> Si tratta, a ben vedere, di una spiegazione analoga a quella individuata dalla teoria finalistica dell'azione per fondare l'imputazione della colpa incosciente, come ipotesi nella quale l'individuo è comunque ritenuto responsabile per non aver orientato finalisticamente la propria condotta alle regole di diligenza (simili ai “doveri di conoscenza”), piuttosto che per aver finalisticamente cagionato un evento lesivo (nel nostro caso, aver trasgredito un divieto del quale era consapevole).

<sup>376</sup> Cfr. M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 86, che nota come tale compromesso, tuttavia, finisce per fondare delle inaccettabili presunzioni di dolo, in un'ampia riflessione sulla quale occorrerà tornare in sede conclusiva (v. *infra*, § 4.3).

<sup>377</sup> Secondo la già segnalata impostazione di B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., 120 ss..

<sup>378</sup> Come osservava lo stesso B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., 138 s.. Più di recente, in questi termini, F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, cit., 232.

<sup>379</sup> Cfr. in proposito le considerazioni di E. MUSCO, *La misura di sicurezza*, cit., 58 ss., il quale osserva lo spostamento del concetto di colpevolezza dal *Tat* al *Täter* portato dalle concezioni positiviste sulla scia della critica del determinismo filosofico. Si affermava, in effetti, una seconda versione del “soggettivismo”, dato che anche nelle teorie imperativistiche il significato della disobbedienza ad un comando è veicolato in una determinata situazione fattuale (sul punto, cfr. di recente G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 3 ss.) e, pertanto, viene mantenuto il valore “forte” della legalità (che anzi, come sottolineato, viene caricato di significati in senso funzionalistico).

nuova, per le mutate necessità sociali, è venuta disponendo»<sup>380</sup>. E se è vero che nelle moderne teorizzazioni della risocializzazione si tenta di rivalutare il valore dei principi di legalità e colpevolezza<sup>381</sup>, tale soluzione risulta invero tanto meno coerente quanto più si riferisce ad una logica trattamentale di una pericolosità soggettiva – di fatto riproponendosi una contraddizione da più parti rilevata nello stesso *Marburger Programm*<sup>382</sup> – poiché, come è stato autorevolmente osservato, «la colpevolezza come rimprovero morale è, invece, meno armonizzabile con una rieducazione ridotta a trattamento in senso stretto: in quest’ottica, anzi, colpevolezza e prevenzione inclinano a ricollocarsi in un rapporto di disfunzionalità»<sup>383</sup>.

Ma il punto è che, a differenza di quanto può avvenire rispetto alla funzione intimidatrice – che, come segnalato, è quella maggiormente richiamata dalla Corte europea nello scolpire il concetto di “punizione” (v. *supra*, Cap. II, § 5.2) e rispetto alla quale è difficilmente praticabile un orientamento teleologico –, nel caso del trattamento della pericolosità è apparso storicamente più difficoltoso anche un recupero del principio di riconoscibilità della legge penale (e più in generale di colpevolezza) in chiave limitativa rispetto alle esigenze di politica criminale. Ciò in quanto tale idea di scopo, presentandosi con valenza “neutra” (o comunque non necessariamente nella

---

<sup>380</sup> Cfr. E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Utet, Torino, 1928, 145 ss., in cui, quindi, da un lato si ammetteva l’impossibilità di fare seguire alcuna conseguenza giuridica penale ad un fatto considerato lecito al momento della commissione e, dall’altro, si obiettava criticamente alle tradizionali argomentazioni a sostegno del principio di irretroattività della pena sfavorevole, notando come il delinquente sia o trascinato dall’impeto e dalle passioni, e allora non pensi alla misura della sanzione relativa al suo atto, oppure guardi alla sanzione prevista confidando comunque di ottenere l’impunità.

<sup>381</sup> Cfr. L. EUSEBI, *La pena “in crisi”*, Morcelliana, Brescia, 1989, 135 ss., in cui si sottolinea l’idea di colpevolezza come concetto negativo (ossia come impossibilità di conformarsi al precetto piuttosto che come possibilità positiva di agire diversamente) e, conseguentemente, il ruolo di limite della potestà punitiva, tuttavia a tratti orientato in chiave teleologica, ossia come volto ad esprimere la scelta della strategia preventiva possibile (“la colpevolezza intesa come limite non è pensabile che come elemento di un modello preventivo”). Sul ruolo della colpevolezza nella risocializzazione, cfr. anche K. LÜDERSSEN, *Abschaffen des Strafens?*, Günther, Frankfurt A.M., 1995, trad., *Il declino del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2005, 45 ss.. D’altra parte, è soprattutto sul piano della commisurazione che emerge un inquadramento profondamente divergente della colpevolezza, dato che l’inammissibilità di pene indeterminate viene motivata da un’idea di proporzione che, sulla scorta dell’argomento dell’“incommensurabilità tra reato e pena” (osserva criticamente come anche nelle teorie neoretributive, che pur tentano di superare l’idea “compensativa” di pena come male analogo al male rappresentato dal reato, permanga tale insuperabile problema di fondo nella determinazione di una pena proporzionata alla gravità del reato L. EUSEBI, *La “nuova” retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 930), appare tutta spostata sulle stesse esigenze trattamentali, come proporzione della misura rispetto alle esigenze preventive e non rispetto al fatto commesso. Sul punto, cfr. L. EUSEBI, *La pena “in crisi”*, cit., 89 ss. e 150 ss., concetto sul quale occorrerà tornare a breve.

<sup>382</sup> Cfr. in proposito le osservazioni di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, 3° ed., Laterza, Bari, 1996, 256, e di A. A. CALVI, nella sua introduzione critica a F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962. Sul punto, cfr. anche G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 436.

<sup>383</sup> Cfr. ancora G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, cit., 849, dopo aver sottolineato che a tale conclusione si perviene «se si va al di là della scontata presa d’atto che la pena rieducativa presuppone necessariamente una colpevolezza intesa nella accezione minima di riconducibilità psicologica del fatto all’autore» ossia se si supera quello che qui si è inteso come significato “pedagogico” della rieducazione, «e ci si preoccupa di approfondire le implicazioni dell’idea rieducativa sulla concreta strutturazione di un concetto di colpevolezza dal contenuto più ricco e pregnante».

dimensione afflittiva del castigo)<sup>384</sup>, tende ad una logica di auto-legittimazione nella quale non di avverte la stessa necessità di richiamare la colpevolezza come limite rispetto al fine perseguito<sup>385</sup>, essendo peraltro discusso lo stesso assunto liberale della capacità di autodeterminarsi del soggetto, secondo i postulati del determinismo filosofico<sup>386</sup> o, in epoca moderna, evocando l'idea di "corresponsabilità della società"<sup>387</sup>. In definitiva, come autorevolmente osservato, l'idea di riadattamento sociale (ed *a fortiori* quella di neutralizzazione) «si pone al di fuori del diritto penale della colpevolezza e del principio di colpevolezza»<sup>388</sup>.

Si comprende, quindi, come si sia giunti ad affermare che "la pericolosità non ha legge"<sup>389</sup>, espressione che sintetizza impropriamente quella che, invero, è una distinzione tra "legalità repressiva" e "legalità preventiva"<sup>390</sup> la quale informa la disciplina delineata dall'art. 200 c.p. – nonché dall'art. 25, 3° c., Cost., della cui differente formulazione rispetto al capoverso della stessa disposizione ha preso atto la stessa Corte costituzionale nella sua giurisprudenza<sup>391</sup> – e che trova

---

<sup>384</sup> Cfr. L. EUSEBI, *La pena "in crisi"*, cit., *passim*, 95 ss. e 117, in cui si muove conseguentemente una critica alla teoria del "diritto penale minimo" di matrice garantista di Ferrajoli in quanto comunque radicata sulla funzione generalpreventiva della pena e sul suo contenuto afflittivo, pertanto non veramente idonea a discutere la legittimità del ricorso alla limitazione della libertà personale. La necessaria rivisitazione dell'idea di pena come sofferenza è sostenuta dallo stesso Autore anche di recente in L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 62. In proposito, cfr. anche K. LÜDERSEN, *Il declino*, cit., 66 ss..

<sup>385</sup> Cfr. le osservazioni di L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 502, il quale nota come, al pari delle teorie retributive, nelle teorie della risocializzazione trattamentale il mezzo punitivo è identificato con il suo stesso scopo, ciò che mette in secondo piano ogni logica della giustificazione (e limite) della pena, risolvendosi in una legittimazione morale aprioristica e incondizionata che si riduce ad una petizione di principio.

<sup>386</sup> Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, 3° ed., Fratelli Bocca, Torino, 1892, 365 ss..

<sup>387</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma*, cit., 64 ss., che ripercorre una tematica ampiamente sviluppata nei saggi di P. NOLL, *La fondazione etica della pena*, e E. NAEGELI, *Il male e il diritto penale*, entrambi raccolti in *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel* (a cura di L. Eusebi), Giuffrè, Milano, 1989.

<sup>388</sup> Cfr. le osservazioni critiche sulle varie teorie della "colpevolezza d'autore", da cui il virgolettato riferito al pensiero di Merkel ma ribadite anche rispetto alla soluzione incentrata sulla nozione di pericolosità piuttosto che di personalità viziata, di E. MUSCO, *La misura di sicurezza*, cit., 58 ss..

<sup>389</sup> L'espressione richiamata da G. VASSALLI, voce *Nullum crimen*, cit., 504, sebbene nel contesto di una riflessione critica sulla quale occorrerà tornare.

<sup>390</sup> Riprendendo la nomenclatura utilizzata in P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, in *L'indice penale*, 1973, 470, e ID., voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Giuffrè, Milano, 1976, 635, sulle cui fondamentali osservazioni in merito alla diversa dimensione del principio di legalità rispetto alle misure di prevenzione della pericolosità occorrerà tornare diffusamente (v. *infra*, Cap. IV, §§ 6.2 e 6.3). Già nel quadro della contrapposizione tra *repressione* e *prevenzione* tracciata da A. ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in A. Rocco, *Opere giuridiche - III - Scritti giuridici vari*, Società editrice del "Foro italiano", Roma, 1933, 732 ss., in effetti, proprio una delle differenze fondamentali veniva individuata nel significato della posizione legislativa.

<sup>391</sup> Cfr. i termini della sentenza C. cost. n. 53/1968, § 1 della parte motiva in diritto, posizione ribadita nella già segnalata recente sentenza C. cost. n. 196/2010, § 3.1 della parte motiva in diritto, la quale, nel riconoscere l'estensione del principio di irretroattività alla misura della confisca del veicolo in quanto sostanzialmente punitiva (v. *infra*, Cap. IV, § 4.2), ribadisce la distinzione fondamentale in punto di efficacia nel tempo tra pene e misure di sicurezza, sottolineando come «a giustificare, pertanto, la ritenuta retroattività delle misure di sicurezza, con riguardo soprattutto a quelle di natura personale, è la finalità, loro propria, di assicurare una efficace lotta contro il pericolo criminale, finalità che potrebbe richiedere che il legislatore, sulla base di circostanze da esso discrezionalmente valutate, preveda che sia applicata una misura di sicurezza a persone che hanno commesso determinati fatti prima sanzionati con la sola pena (o con misure di sicurezza di minore gravità). In altri termini, tale retroattività risulta connaturata alla circostanza che le misure di sicurezza personali costituiscono strumenti preordinati a fronteggiare uno stato di accertata pericolosità;

significative conferme anche in importanti e recenti decisioni dei tribunali costituzionali tedesco e (con meno nettezza) francese. Rispetto al prolungamento retroattivo dei termini di durata della misura di sicurezza detentiva della custodia di sicurezza, infatti, il *Bundesverfassungsgericht* ha affermato in una nota pronuncia del 2004 che «nonostante le differenti finalità, la disciplina dei due istituti (pena limitativa della libertà personale e *Sicherungsverwahrung*) presenta numerosi tratti comuni. Questi tratti comuni non conducono tuttavia ad un inquadramento della *Sicherungsverwahrung* nell'ambito di tutela dell'art. 103 del *Grundgesetz*. Le analogie tra pena e *Sicherungsverwahrung* si fondano sull'intrecciarsi di scopi preventivi. Per converso le differenze si fondano sul fatto che la misura di sicurezza, al contrario della pena, non ha una funzione repressiva»<sup>392</sup>, confermando poi tale posizione nelle successive pronunce del 2006 e del 2009<sup>393</sup> (così come nell'ultima decisione del 2011, sulla quale occorrerà tornare a breve). Del tutto analogo un passaggio della decisione con cui il *Conseil constitutionnel* ha escluso che l'introduzione della *rétenion de sûreté* e della *surveillance de sûreté* sia subordinata alla garanzia prevista dall'art. 8 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, riconoscendo il carattere preventivo delle misure in contrapposizione all'idea di pena<sup>394</sup>. La decisione, tuttavia, si caratterizza per un dispositivo che finisce di fatto per contraddire tale premessa argomentativa nel momento in cui dichiara comunque illegittima la retroattività della sola *rétenion de sûreté* (e non della *surveillance de sûreté*) sulla base del contenuto privativo della libertà e della severità della stessa ma senza indicare, a conferma dell'ambiguità dell'impianto ermeneutico adottato, il parametro costituzionale fondativo di tale soluzione<sup>395</sup>. In definitiva, anche in tali vicende appare confermato, almeno in via di principio, un volto della "legalità preventiva" cui è del tutto estraneo un significato di

---

funzione che esse assolvono con i mezzi che dalle differenti scienze, chiamate specificamente a fornirli, potranno essere desunti.».

<sup>392</sup> Cfr. *BVerG*, decisione del 5 febbraio 2004, in *NJW*, 739 ss., § 150. Sul punto, cfr. M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011, 19, e F. ROCCHI, *Da una decisione sulle misure di sicurezza una possibile ricaduta nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, 3279, ed i riferimenti bibliografici ivi segnalati.

<sup>393</sup> Cfr. *BVerG*, decisione del 23 agosto 2006, in *NSiZ*, 2007, 87 ss., sull'introduzione retroattiva della *Sicherungsverwahrung* c.d. "postuma", e *BVerG*, decisione del 5 agosto 2009, in *NJW*, 2010, 1514. In proposito, ancora M. PELISSERO, *Il controllo*, cit., 19.

<sup>394</sup> Il *Conseil constitutionnel*, nella decisione n. 2008-562 del 21 febbraio 2008, § 9, affermava che «considerando che la misura si fonda non sulla colpevolezza del condannato dalla corte d'assise, ma sulla particolare pericolosità apprezzata dalla giurisdizione regionale al momento della decisione; che non è esecutiva se non dopo lo sconto della pena da parte del condannato; che ha come scopo quello di impedire e prevenire la recidiva di persone che soffrono di problemi gravi della personalità; che così la *rétenion de sûreté* non è né una pena, né una sanzione avente carattere punitivo; che la *surveillance de sûreté* non lo è tantomeno; che di conseguenza i ricorsi in cui si deduce la violazione dell'art. 8 della Dichiarazione del 1789 sono inammissibili».

<sup>395</sup> Cfr. *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2008-562 del 21 febbraio 2008, § 10, in cui si sostiene che «considerando ad ogni modo che la *rétenion de sûreté*, avuto riguardo alla sua natura privativa della libertà, alla durata di tale privazione, al suo carattere rinnovabile senza limiti e al fatto che è pronunciata dopo una condanna da parte di una giurisdizione, non potrebbe essere applicata ai condannati prima della pubblicazione della legge o condannati posteriormente sulla base di fatti commessi anteriormente; che, pertanto, devono essere dichiarati contrari alla Costituzione gli alinea da 2 a 7 del numero I dell'articolo 13 della legge denunciata, il numero II e, di conseguenza, il numero IV». Cfr. in proposito ancora M. PELISSERO, *Il controllo*, cit., 22.

“riconoscibilità” delle conseguenze all’epoca del fatto e che piuttosto esprime un’esigenza di fondamento legale del trattamento sanzionatorio al momento della singola decisione giudiziale, per garantirne l’origine parlamentare delle politiche di contrasto alla pericolosità e scongiurare, allo stesso tempo, trattamenti arbitrari, in quanto rimessi alla scelta del singolo giudice<sup>396</sup>. In altri termini, in questa diversa dimensione la legge viene ad inquadrarsi essenzialmente come norma “secondaria” (in senso hartiano), ossia diretta al giudice, piuttosto che norma “primaria” rivolta ai cittadini per orientarne i comportamenti.

Questa duplice accezione del principio di legalità, come osservato, è quella che appare fondare la contrapposizione della giurisprudenza della Corte europea tra i concetti di “punizione” e “prevenzione” e, quindi, l’affrancamento delle politiche di contrasto alla pericolosità dai canoni di accessibilità e prevedibilità (v. *supra*, Cap. II, § 5.2). D’altra parte, anche rispetto a queste ultime, emerge nelle pronunce di Strasburgo un significato della *law provision* come “*prééminence du droit*”, ossia come divieto di arbitrarietà e di necessità di una normativa intellegibile, se non altro, al momento della singola decisione<sup>397</sup> pur spogliato, anche in questo caso, di ogni istanza di democraticità della strategia preventiva, dato che il concetto di “legge” rimane pur sempre quello ampio individuato in apertura di capitolo (v. *supra*, § 2.1).

Ora, nella giurisprudenza di Strasburgo più recente, appare intravedersi il principio di un’evoluzione che potrebbe condurre al superamento della contrapposizione tra i due significati della legalità e, quindi, all’estensione del principio di riconoscibilità a qualsivoglia misura di contrasto alla criminalità, punitiva o preventiva. Infatti, nella sentenza *M. c. Germania*, oltre alla motivazione sulla violazione dell’art. 7 Cedu – in cui il riconoscimento del carattere punitivo della *Sicherungsverwahrung* si pone come ostativo rispetto all’efficacia retroattiva della sua riforma in senso sfavorevole, a conferma dell’orientamento “tradizionale” (pur declinato in modo discutibile, come si osserverà *infra*, Cap. IV, § 6.2) –, in una delle battute finali dell’argomentazione a proposito della violazione dell’art. 5 Cedu (nelle forme di un *obiter dictum*) la Corte afferma che «la “qualità della legge” implica che una legge nazionale che autorizza una privazione della libertà

---

<sup>396</sup> Come osserva E. MUSCO, *La misura di sicurezza*, cit., 105 s. e 132 ss., questo era essenzialmente il significato del principio di legalità sancito dall’art. 199 c.p., come riferito anche nella Relazione ministeriale in cui scriveva Rocco che «tale principio importa che ogni attività di sicurezza debba trovare nella legge il suo concreto riconoscimento e la sua misura: di guisa che debba la legge determinare la specie delle misure di sicurezza applicabili e debba, altresì, la legge tassativamente fissare i casi, nei quali tali provvedimenti debbano o possano essere adottati». Nello stesso senso, peraltro, già scolveva il concetto di “legalità preventiva”, come segnalato, Pietro Nuvolone. Sul punto, cfr. la distinzione tra i significati distinti e autonomi di “legalità” e “irretroattività” individuati proprio alla luce di uno sguardo sulla disciplina italiana e tedesca, tracciata da G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 9 ss. e 237 ss.. Sottolineava come i principi di riserva di legge e tassatività fossero evidentemente in primo piano nella disposizione costituzionale, a differenza di quello di irretroattività, anche F. BRICOLA, *Il II e III comma*, cit., 305.

<sup>397</sup> Cfr., in proposito, il *leading case Winterwerp c. Olanda*, 24 ottobre 1979, cit., §§ 37 ss. e 44 ss., in cui la Corte ricostruiva il significato della “regolarità” e delle “*voies légales*” proprio come un divieto di arbitrarietà in relazione alle procedure adottate. Sul punto, cfr. J.J. CREMONA, *The interpretation*, cit., 188 s.. Anche di recente, tale impostazione risulta sostanzialmente recepita dalla Corte, in particolare nella sentenza *De Schepper c. Belgio*, 13 ottobre 2009, § 36.

sia sufficientemente accessibile, precisa e prevedibile nella sua applicazione (...) esige quindi che ogni legge sia sufficientemente precisa per permettere al cittadino (...) di prevedere, ragionevolmente rispetto alle circostanze di specie, le conseguenze derivanti da una determinata azione»<sup>398</sup>. Tale conclusione, per come incardinata nell'esame dell'art. 5 Cedu, tende in effetti a rendere del tutto ininfluenza la qualificazione in termini preventivi o punitivi di misure incidenti sulla libertà personale ai fini dell'estensione del principio di riconoscibilità, soluzione che potrebbe essere estesa a questo punto anche alle misure comunque limitative della libertà di movimento (e, quindi, a gran parte delle misure di sicurezza previste negli ordinamenti europei) o patrimoniali (*in primis* la confisca) dato che la Convenzione indica il requisito della base legale anche, rispettivamente, negli artt. 2 del Protocollo n. 4 e 1 del Protocollo n. 1 (posti a presidio, appunto, della libertà di movimento e della proprietà privata).

Questo tipo di soluzione, in effetti, avvalorata talune istanze dottrinali emerse anche nelle pagine della letteratura italiana: nella stessa manualistica, ad esempio, appare ancora aperta la discussione sulla reale portata dell'art. 200 c.p. (e, quindi, dell'art. 25, 3° c., Cost.), le cui interpretazioni più restrittive, di fatto, concludono per una quasi totale estensione del principio di irretroattività anche alle misure di sicurezza (v. *infra*, Cap. IV, § 6.2). Se la questione non si è mai rivelata particolarmente attuale – a causa della modesta applicazione delle misure di sicurezza nella prassi giudiziaria e, soprattutto, dell'assenza di significative riforme volte ad ampliarne il raggio operativo, cosicché non si sono storicamente posti problemi di irretroattività delle stesse –, la tematica appare avere tutt'altra rilevanza rispetto al settore della prevenzione *ante delictum*, invece in costante evoluzione e implementazione (v. *infra*, Cap. IV, § 6.3); si spiega, in effetti, come la tesi dell'estensione del principio di legalità-riconoscibilità anche alle misure di contrasto della pericolosità sia stata invocata da alcuni settori della dottrina italiana anche di recente, proprio sulla scorta dei termini della sentenza *M. c. Germania*<sup>399</sup>. Tale proposta, peraltro, appare estremamente significativa in un momento di "riscoperta" europea delle misure di sicurezza e prevenzione e di rivalutazione degli aspetti "neutralizzanti" della stessa posizione ed esecuzione della pena<sup>400</sup>,

---

<sup>398</sup> Cfr. *M. c. Germania*, cit., § 90, confermando la violazione dell'art. 5 Cedu non solo per l'assenza di ogni presupposto legittimante la misura limitativa della libertà personale, ma anche per il carattere retroattivo della stessa e, cosa che conta di più, a prescindere dal carattere punitivo che ne sarebbe stato riconosciuto nella successiva valutazione circa la violazione dell'art. 7 Cedu.

<sup>399</sup> In questo senso si è espresso recentemente Francesco Viganò nella sua relazione al Convegno nazionale "Pericolosità e giustizia penale" organizzato dall'Associazione Franco Bricola a Udine il 25 e 26 marzo 2011, sottolineando la necessità dell'estensione dei concetti di "prevedibilità" e "accessibilità" se non altro alle misure incidenti sulla libertà personale, a prescindere dalla relativa qualificazione.

<sup>400</sup> Il tema è stato ampiamente discusso, appunto, nel menzionato convegno "Pericolosità e giustizia penale" dalle cui relazioni è emersa la costante "vitalità" della logica del contrasto alla pericolosità soggettiva, oltre che nel sistema delle misure di prevenzione, anche nella regolamentazione della recidiva (di recente riformata in senso maggiormente rigoroso), nelle derive della disciplina penale dell'immigrazione (sempre più verso un diritto penale d'autore piuttosto che del fatto), così come in alcuni istituti di diritto processuale (si pensi all'art. 274 c.p.p., lett. c)) e dell'esecuzione

rispondendo alla condivisibile esigenza di porre un limite all'ipervalutazione di determinate istanze di difesa sociale mediante la riproposizione, con nuovi argomenti, del tentativo dottrinale di far filtrare all'interno del settore della prevenzione i principi garantistici fissati dalla Costituzione in materia penale<sup>401</sup>. La stessa esigenza, d'altra parte, affiora chiaramente nelle critiche mosse dalla letteratura tedesca alla prima giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* sulla *Sicherungsverwahrung*<sup>402</sup>, così come nella stessa decisione del *Conseil constitutionnel*, in cui si tenta faticosamente di conciliare, in via quasi "equitativa", l'accoglimento della qualificazione preventiva delle misure introdotte nell'ordinamento francese (e la conseguente inapplicabilità dell'art. 8 della Dichiarazione del 1789) e l'apposizione del limite dell'irretroattività almeno rispetto alla *réention de sûreté*. Tuttavia, nonostante le "buone intenzioni", l'estensione del principio di riconoscibilità alle misure di contrasto della pericolosità non appare la via preferibile per veicolare determinate istanze di limitazione dei rigori delle nuove politiche di difesa sociale: ben più proficue, invero, appaiono due diversi itinerari.

In primo luogo, si pone l'opera di svelamento delle funzioni punitive che molte delle misure etichettate come "preventive" in realtà svolgono e rispetto alla quale, come ampiamente ricordato, fondamentale si rivela la definizione sostanziale di *matière pénale* elaborata dalla Corte<sup>403</sup>. Peraltro, a fronte del riconoscimento della funzione punitiva, in molti casi l'estensione del principio di legalità non è che un accorgimento minimo, di fatto limitativo solo rispetto al momento della prima introduzione ed incapace di discutere nella loro legittimità discipline che, inquadrare nella loro reale dimensione, pongono problemi di legittimità *tout court* rispetto al principio di colpevolezza<sup>404</sup>. Tuttavia, fuori dal presupposto della qualificazione penale, il riferimento al principio di legalità-riconoscibilità sembra privo di ogni fondamento logico-teorico, il che risulta evidente nel fugace *obiter dictum* della sentenza *M. c. Germania* sulla previsione legale necessaria ai sensi dell'art. 5 Cedu, carente di un vero fondamento nel testo della Convenzione e nei precedenti

---

penale (nella disciplina dei benefici carcerari e, simmetricamente, nel regime di carcere duro, profili sui quali occorrerà tornare successivamente). Sul punto, cfr. anche l'ampia panoramica tratteggiata da M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Giappichelli, Torino, 2008, 31 ss. e *passim*.

<sup>401</sup> Tale soluzione era segnalata da F. BRICOLA, *Il II e III comma*, cit., 305 ss., come ultima "trincea" di fronte a quella che era già all'epoca avvertita come un'indebita espansione delle politiche di prevenzione, dinanzi al fallimento della mediazione proposta dalle ricostruzioni più "moderate" emerse nel convegno di Alghero dell'aprile 1974,

<sup>402</sup> Cfr. tra i tanti, K. LAUBENTHAL, *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, in *ZStW*, 2004, 703 ss., e J. KINZIG, *An den Grenzen des Strafrechts - Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG*, in *NJW*, 2004, 911 ss..

<sup>403</sup> È l'itinerario che si intenderà percorrere, in particolare, rispetto alle misure di prevenzione *ante delictum* italiane (v. *infra*, Cap. IV, § 6.3), ancorché proprio rispetto a tale settore i giudici di Strasburgo si siano rivelati storicamente eccessivamente "timidi".

<sup>404</sup> Proprio il sistema della prevenzione antimafia, in effetti, dimostra come non si ponga solo un problema di retroattività delle riforme peggiorative, quanto piuttosto di legittimità *tout court* per violazione del principio di colpevolezza, se non altro dal punto di vista processuale della presunzione d'innocenza (v. diffusamente, *infra*, Cap. IV, § 6.3)

in materia<sup>405</sup>, ovvero nella contraddittorietà della motivazione del *Conseil constitutionnel* francese con cui si giustifica l'irretroattività della *rétention de sûreté* (e non anche della *surveillance de sûreté*).

Le difficoltà che si possono incontrare nel discernere il punitivo dal preventivo non sembrano, in effetti, autorizzare un'indiscriminata estensione dei principi di colpevolezza e, quindi, di riconoscibilità<sup>406</sup>, non solo perché disfunzionali rispetto a misure autenticamente preventive rispetto ad una pericolosità soggettiva o reale<sup>407</sup> (dato che, come osservato, un inquadramento teleologico è impraticabile anche rispetto alle funzioni punitive), ma anche perché incongrui in chiave limitativa. Nel dialogo tra esigenze di prevenzione della pericolosità e garanzie, infatti, le prime sembrano autorizzare la retroattività delle riforme, ad esempio, del trattamento di soggetti non imputabili, di politiche di contrasto alla criminalità organizzata autenticamente preventive, ovvero di regimi penitenziari speciali volti a limitare l'attività di determinati detenuti (v. diffusamente *infra*, Cap. IV, § 6.2). In altri termini, il significato della riconoscibilità delle conseguenze giuridiche, e degli stessi concetti di colpevolezza e di rimprovero, non è coerentemente richiamabile a fronte dell'esigenza di confiscare beni intrinsecamente pericolosi<sup>408</sup> o di arginare la pericolosità di un soggetto incapace di intendere e di volere<sup>409</sup>. La difficile distinzione tra punitivo dal preventivo, in definitiva, non può essere l'unica ragione sulla base della quale discutere l'intima correlazione tra il canone della

---

<sup>405</sup> L'art. 5 Cedu si limita a richiedere una "*accordance with the procedures proscribed by the law*", in francese "*selon les voies légales*", e non certo di predeterminazione legale al momento del fatto. In proposito, già M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea*, cit., 114 ss., osservava come l'art. 7 Cedu, pur idoneo a prescindere dalla prospettiva nominalistica, non potesse ritenersi operante anche rispetto alle misure di sicurezza (individuate con riferimento alla non imputabilità e alla pericolosità) contemplate nei diversi sistemi dualistici degli ordinamenti aderenti. Quanto ai precedenti, è proprio il caso *Winterwerp* – che, come detto, inquadra un significato della legalità *ex art. 5 Cedu* alquanto diverso da quello riconducibile all'art. 7 Cedu – ad essere richiamato nella parte iniziale della motivazione inerente la violazione dell'art. 5 Cedu nella sentenza *M. c. Germania*, mentre nelle righe conclusive la Corte, pur sottolineando di non poter affrontare compiutamente la questione, suggerisce la possibilità di interpretare il requisito delle "*voies légales*" nel senso della riconoscibilità delle conseguenze giuridiche al momento della commissione del fatto, non potendo tuttavia indicare alcun precedente conforme.

<sup>406</sup> Cfr. G. VASSALLI, voce *Nullum crimen*, cit., 504 s., che osserva come si possa ben accettare il principio secondo il quale «nessun limite deve incontrare il potere statale quando si tratti di salvaguardare la società dai pericoli futuri, specialmente quando, a tal fine, lo Stato adotti nei confronti degli individui pericolosi o antisociali misure di correzione, di riadattamento, di rieducazione», salvo poi propendere per l'estensione incondizionata della legalità data la difficoltà di discernere prevenzione e repressione (o meglio "punizione", nei termini della presente ricerca). Si può notare come anche in tale autorevole posizione si intenda collegare pericolosità e prevenzione per "superare" una difficile indagine sull'effettiva funzione perseguita dalle misure. Eppure, sembra che tale difficoltà non possa condurre ad una resa ed alla negazione di un'evidenza logica come quella che la legalità è priva di senso, anche se intesa come limite, rispetto al contrasto della pericolosità.

<sup>407</sup> Nei termini, per quanto detto ancora attuali, di G. BETTIOL, *In tema di unificazione di pena e misura di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942-1943, 225, «tra colpevolezza e pericolosità c'è invero un contrasto irriducibile e tutti i tentativi per amalgamare i due termini sono da considerare falliti».

<sup>408</sup> E come si vedrà, una vera *actio in rem* che prescinda da un giudizio di colpevolezza a carico del proprietario non può che accogliersi in questi casi (v. *infra*, Cap. IV, § 6.3).

<sup>409</sup> Su tale profilo, cfr. in particolare le osservazioni di G. GRASSO, *Commento all'art. 200*, in M. Romano-G. Grasso-T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale - III - Art. 150-240*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2011, 458 ss., secondo il quale anche alla luce della giurisprudenza europea, non si può sostenere l'operatività del principio di irretroattività rispetto alle misure previste per i soggetti non imputabili. Nello stesso senso, cfr. A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., 198.

riconoscibilità e l'idea di punizione. Pertanto, l'applicazione del principio di riconoscibilità non può che filtrare attraverso l'art. 7 Cedu, anche considerando il tenore letterale innegabilmente divergente degli artt. 5 Cedu, 1 del Protocollo n. 1 o 2 del Protocollo n. 4, in riferimento alla *law provision*<sup>410</sup> e, in quest'ottica, si potrebbe anche giungere a discutere criticamente la frequente equiparazione con la *law provision* richiesta dagli artt. 8 e ss. Cedu poiché, se è vero che anche la regolamentazione civilistica di un determinato diritto fondamentale rinvia ad un'esigenza di certezza al momento del fatto (o dell'atto giuridico), questa ha uno spessore decisamente inferiore all'infuori dalla materia punitiva<sup>411</sup>. E si consideri che proprio il differente significato della legalità come esistenza di un fondamento normativo al momento della decisione giudiziale aveva, prima del caso *Scoppola*, condotto la Corte a riconoscere correttamente una violazione della *law provision* in caso di non applicazione della legge favorevole entrata in vigore dopo la commissione del fatto ai sensi degli artt. 10 e 1 Prot. n. 1 Cedu e, quindi, a prescindere da logiche strettamente penalistiche<sup>412</sup>. Inoltre, se è vero che sostenere l'estensione del principio di legalità a misure anche se qualificate come preventive in relazione alla loro incidenza sulla sfera individuale potrebbe favorire il futuro riconoscimento della natura punitiva delle stesse in alcune ipotesi più evidenti di frode legislativa,

---

<sup>410</sup> Solo rimanendo al testo della Convenzione, viste le considerazioni sull'art. 5 Cedu, si può notare come tali ultimi disposizioni non parlino affatto di riconoscibilità negli stessi termini dell'art. 7 Cedu, bensì si riferiscano ad una "*accordante with the law*" che è molto più vicina all'idea di legalità "preventiva" piuttosto che "repressiva". In questo senso, appare criticabile anche la consolidata giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca che richiede una legalità come "accessibilità" e "prevedibilità" al momento del fatto *ex art. 1 del Prot. n. 1*, confermata da ultimo nelle sentenze *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, 20 gennaio 2009; *Sun c. Russia*, 5 febbraio 2009; *Khuzhin e a. c. Russia*, 23 ottobre 2008. Anche solo osservando il caso *Sud Fondi*, non si può osservare come il significato della legalità come divieto di arbitrarietà fosse effettivamente stato rispettato, poiché il giudice si limitava a confermare un risalente orientamento in materia di confisca urbanistica volto ad ammetterne l'applicabilità in caso di mera integrazione oggettiva della fattispecie di lottizzazione abusiva: la misura era effettivamente prevista da una legge. Il problema che questa legge, tuttavia, ignorasse l'esigenza di riconoscibilità dell'illiceità del fatto al momento della sua commissione doveva così trovare come sede naturale ed esclusiva quella del giudizio *ex art. 7 Cedu* (effettivamente ritenuto violato), piuttosto che essere replicato anche *sub art. 1 Prot. n. 1*.

<sup>411</sup> A parte che anche gli artt. 8 e ss. Cedu richiedono una "*accordance with the law*" e non un'autentica legalità al momento del fatto, ma anche riconoscendo che esigenze di affidamento del cittadino nella legge vigente al momento delle scelte giuridiche valga anche in materia civilistica, espressione di una generale esigenza di certezza del diritto (cfr. in proposito, F. ROSELLI, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Giuffrè, Milano, 1994, 324 ss.), queste non appaiono avere lo stesso spessore quando il "male" inflitto sia un mero riflesso delle esigenze risarcitorie. Ad esempio, un nuovo orientamento giurisprudenziale in tema di confronto tra il diritto di cronaca e la tutela dell'onore e della riservatezza altrui, volto ad ampliare le possibilità di risarcimento e allo stesso tempo di punizione in caso di mancato rispetto dei limiti alla libertà di espressione, solo nel secondo caso dovrebbe essere paralizzato nella sua applicazione al caso concreto, mentre l'esigenza di predeterminazione legale si presterebbe ad essere superata dalle esigenze di migliore tutela della controparte (atteso che, per definizione, in un *overruling* il giudice ritiene la propria decisione più corretta rispetto alle precedenti), come osserva A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 316. In favore di un autentico bilanciamento dell'esigenza di prevedibilità, d'altra parte, si esprime autorevole dottrina civilistica di settore, in particolare cfr. S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in G. Visintini, a cura di, *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Cedam, Padova, 1988, 66 s. e 76 ss.. In proposito, nota F. C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 54 ss., come nonostante che l'idea di certezza del diritto non sia esclusiva del diritto penale, solo nella branca criminale questa assuma un valore particolare (in altri termini, un rango costituzionale).

<sup>412</sup> Cfr., rispettivamente, la già segnalata sentenza *Baskaya e Oçkuoglu c. Turchia*, cit., § 51, e la più recente *Borzhonov c. Russia*, 22 gennaio 2009, in tema di confisca.

vi è anche il rischio che tale operazione si traduca in una pericolosa patente di legittimità, come avvenuto nel caso della *réention de sûreté* francese<sup>413</sup>.

D'altra parte, qualora non si riesca a percorrere utilmente l'itinerario della riqualificazione punitiva di determinate misure, in quanto effettivamente volte a contrastare la pericolosità – e, in proposito, non si potrà che muovere riserve anche rispetto all'argomentazione *ex art. 7 Cedu* nella sentenza *M. c. Germania* (v. *infra*, Cap. IV, § 6.2) –, altra ricostruzione teorica può validamente discutere la recrudescenza delle politiche preventive le quali non possono certamente ritenersi affrancate da ogni principio limitativo. In questa prospettiva, infatti, appare emergere il ruolo irrinunciabile del principio di proporzione – una proporzione riferita allo scopo perseguito e non al fatto commesso (non a caso, proprio quella che viene avvalorata nelle moderne teorie della risocializzazione)<sup>414</sup> – espresso anche nella Convenzione dalla nota formula della “necessità in una società democratica” ed esteso nella giurisprudenza della Corte ad ogni ingerenza nella libertà personale e di movimento, nonché nella proprietà privata<sup>415</sup>, nel quale possono iscriversi valutazioni di efficacia e di misura dei mezzi rispetto allo scopo perseguito<sup>416</sup> le quali, in questo campo, appaiono ben più significative di quelle attinenti alla riconoscibilità al momento della commissione del fatto.

In base alle considerazioni sinora svolte, quindi, appare meritare apprezzamento l'ultima pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* sulla *vexata quaestio* della *Sicherungsverwahrung* – nella quale il tribunale costituzionale tedesco era chiamato a recepire le indicazioni della Corte europea espresse nella sentenza *M. c. Germania*<sup>417</sup> – per l'aver riconosciuto, al pari della Corte europea, che le modalità di esecuzione della custodia di sicurezza sono incompatibili con una finalità autenticamente preventiva e per averne, conseguentemente, dichiarato incostituzionale non solo l'efficacia retroattiva bensì la stessa disciplina (anche se ad effetti “posticipati” al 31 maggio 2013), in quanto contraria ai principi di proporzione, confermando tuttavia l'estraneità del principio di

---

<sup>413</sup> Il *Conseil constitutionnel*, in effetti, si limita a censurare il carattere retroattivo di una misura in una sentenza che rappresenta una chiara soluzione compromissoria e nella quale non si giunge a discutere il vero profilo critico di una misura che, al pari della *Sicherungsverwahrung*, pone un fondamentale problema di violazione del principio di proporzione e, quindi, di illegittimità *tout court* (v. *infra*, Cap. IV, § 6.3).

<sup>414</sup> Cfr. la già segnalata diversa dimensione della proporzione, rispetto a quella retributiva o neoretributiva, tratteggiata da L. EUSEBI, *La pena “in crisi”*, cit., 89 ss. e 150 ss..

<sup>415</sup> Invero, l'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione non richiama espressamente il requisito della proporzionalità, che è stato tuttavia elaborato dalla giurisprudenza della Corte. Cfr., da ultimo e a conferma dei precedenti orientamenti, la sentenza *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, cit., § 138, nella quale si osserva come dalla vicenda emergessero profili di tensione anche con il «corretto equilibrio che deve regnare tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della protezione dei diritti fondamentali dell'individuo, avendo presente il principio che ci deve essere un rapporto ragionevole di proporzionalità tra le misure adottate e lo scopo perseguito».

<sup>416</sup> Non a caso è questo il concetto di proporzione, non misurato rispetto al fatto commesso, che viene richiamato in sede di commisurazione della pena nelle moderne teorie della risocializzazione, come segnalato in principio di paragrafo.

<sup>417</sup> *BVerG*, decisione del 4 maggio 2011, in *EuGRZ*, 2011, 297 ss.. Sul punto, cfr. le note di F. STRENG, *Die Zukunft der Sicherungsverwahrung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht*, in *JZ*, 2011, 827 ss., e T. HÖRNLE, *Der Streit um die Sicherungsverwahrung*, in *NStZ*, 2011, 488 ss..

irretroattività alla materia preventiva e la possibilità per lo stesso principio di affidamento di cui all'art. 20 GG di incontrare una deroga ragionevole. Il profilo critico della decisione, semmai, concerne la stessa apertura alla possibilità di riformare una misura detentiva prevista per soggetti imputabile in senso conforme al principio di proporzione (v. *infra*, Cap. IV, § 6.3)<sup>418</sup>.

#### **4. L'inquadramento dogmatico dei presupposti di riconoscibilità della norma penale e l'interazione tra profili "formali" e "sostanziali". "Luci" e "ombre" della giurisprudenza della Corte europea.**

##### **4.1. L'errore di diritto tra tipicità e colpevolezza: le indicazioni della Corte europea nella prospettiva del recupero dei profili obiettivi del giudizio di riconoscibilità.**

Il diverso collegamento del canone della riconoscibilità al principio di legalità piuttosto che a quello di colpevolezza si riflette sulla stessa collocazione dogmatica dell'ignoranza inevitabile della legge penale. Nella prospettiva di Strasburgo, come segnalato, manca infatti ogni elaborazione di una categoria della colpevolezza<sup>419</sup> e, conseguentemente, il problema dell'imprevedibilità della norma penale non è inquadrato dal punto di vista del reo in termini di "errore", quanto piuttosto risolto sul piano stesso della tipicità<sup>420</sup>. Al contrario, si può notare come l'errore di diritto scusabile negli ordinamenti italiano e tedesco è stato storicamente considerato nell'ambito della declinazione più personalistica della responsabilità penale<sup>421</sup>. In particolare, nella celebre sentenza n. 364/1988, la Corte costituzionale, pur non riferendosi espressamente ad una costruzione "normativa" della

---

<sup>418</sup> In questo senso, a parte le perplessità destinate dalla riduttiva ricostruzione offerta dai giudici tedeschi in merito ai rapporti tra Convenzione e ordinamento nazionale, si condividono le critiche di M. PELISSERO, *Il controllo*, cit., 32 ss., rispetto alla ritenuta possibilità di convivenza tra finalità preventive e misure detentive per soggetti imputabili, già espresse dallo stesso Autore in ID., *Pericolosità sociale*, cit., 354 ss.. Ciò premesso, in chiave generale, l'idea che sia il principio di proporzione a dover regolare l'applicazione di misure autenticamente preventive, non solo relativamente all'efficacia nel tempo, sembra mantenere una coerenza e razionalità capace di mettere la stessa al riparo da critiche non sempre convincenti.

<sup>419</sup> Si può notare, in proposito, che anche nella recente apertura che caratterizza la sentenza *Sud Fondi*, risulta recepito un embrionale significato della colpevolezza in termini essenzialmente psicologici – nel momento in cui ci si riferisce alla necessaria imputazione dolosa o colposa di un fatto – piuttosto che in chiave normativa.

<sup>420</sup> In proposito, osserva correttamente D. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., 515, come "errore inevitabile" e "impossibilità di conoscenza" tendano a coincidere ma non siano sinonimi, avendo il primo come riferimento un dato psicologico, mentre il secondo chiama in causa il dato "oggettivo" della legittimità dell'affidamento nell'ordinamento (in sostanza, riflettendo l'articolazione di cause "soggettive" e "oggettive" di riconoscibilità sulla quale si dirà a breve). Nello stesso senso, cfr. F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, cit., 240 ss..

<sup>421</sup> Sull'affermazione della rilevanza scusante dell'errore di diritto nell'ordinamento tedesco, prima nella storica sentenza del *Bundesgerichtshof* del 18 marzo 1952 e poi nel codice penale del 1975, v. tra tutti H. JESCHECK, *L'errore di diritto*, cit., 188 ss.. In particolare, si osserva come già la Corte suprema federale argomentasse sulla base dell'impossibilità di muovere un rimprovero all'agente per non essersi rappresentato come illecito il proprio comportamento e per non avere così potuto agire in modo conforme al diritto, in proposito aderendo alla *Schuldtheorie*, ossia richiamando l'imputazione dolosa in caso di errore scusabile (così anche nel codice del 1975 che pure, come noto, ammette un'attenuante facoltativa in caso di errore colpevole, pur muovendo dalla pena prevista per la commissione dolosa). Veniva sostanzialmente accolta, in effetti, la riflessione di H. WELZEL, *Il nuovo volto*, cit..

colpevolezza, inquadrava il problema dell'errore sul divieto inevitabile come causa scusante, sottolineando l'esigenza di garantire una personalizzazione del rimprovero ad un autore "materiale" di un reato non fondata esclusivamente su di un «requisito subiettivo minimo di imputazione rappresentato da uno specifico rapporto tra soggetto e fatto» ma anche della relazione tra soggetto e legge e, conseguentemente, tra «soggetto e fatto considerato nel suo "integrale" disvalore antigiusuridico»<sup>422</sup>. Non solo, quindi, la scusabilità dell'errore di diritto inevitabile era indicata come soluzione imposta dallo *Schuldprinzip*, ma anche, da un punto di vista più strettamente dogmatico, trovava una collocazione sul terreno della *Strafbegründungsschuld*, così prestandosi a risolvere la problematica dell'*overruling* sfavorevole senza necessariamente imporre un'estensione dell'art. 25 Cost. (e dell'art. 2 c.p.) al mutamento giurisprudenziale e, quindi, l'accoglimento della *judicial law* nel novero delle fonti di produzione<sup>423</sup>.

Ora, sebbene le esigenze di riconoscibilità della legge penale, come diffusamente segnalato, sono senza dubbio presupposto per la realizzazione della più ampia idea di colpevolezza, sembra che il problema della collocazione dogmatica dell'ignoranza inevitabile necessiti una considerazione differenziata in relazione alla sua causa specifica, in grado di offrire indicazioni anche sull'interagire delle diverse componenti del giudizio di prevedibilità della legge penale. In altri termini, appare possibile una razionalizzazione delle cause di irricognoscibilità del diritto volta a mostrare come, sebbene volte ad attuare la colpevolezza come principio, non tutte siano riconducibili alla relativa categoria. In questo senso, la "stranezza" di un rapporto così bivalente col concetto di colpevolezza<sup>424</sup>, appare spiegarsi proprio alla luce della nota scomposizione del concetto

---

<sup>422</sup> Così, da un lato la Corte costituzionale affermava che «la stessa possibilità di muovere all'autore un "rimprovero" per la commissione dell'illecito non equivale ad accoglimento da parte della Costituzione d'una delle molteplici concezioni "normative" della colpevolezza prospettate in dottrina» (§ 13 della parte motiva in diritto) ma, dall'altro, concludeva che «l'effettiva possibilità di conoscere la legge penale è, dunque, ulteriore requisito subiettivo minimo d'imputazione, che si ricava dall'intero sistema costituzionale (...). Tale requisito viene ad integrare e completare quelli attinenti alle relazioni psichiche tra soggetto e fatto e consente la valutazione e, pertanto, la rimproverabilità del fatto complessivamente considerato» (§ 19 della parte motiva in diritto). L'accoglimento di una prospettiva essenzialmente normativa della colpevolezza appare evidente, osservato già in sede di primo commento da G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza*, cit., 1390.

<sup>423</sup> Tale soluzione risulta ampiamente recepita nella manualistica; in proposito, cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 390 s. e G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale - Parte generale*, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2009, 293 ss., così come M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2004, 47, il quale affrontando specificamente il problema del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, rinvia alla tematica delle cause soggettive di esclusione o attenuazione della colpevolezza, sottolineando il vantaggio di non doversi fare carico della problematica applicabilità dell'art. 25 Cost. al precedente giudiziale. Ancora, la riconduzione alla categoria della colpevolezza del difetto di conoscibilità della legge penale caratterizza la ricostruzione di D. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., 177 ss. e 512 ss., pur sottolineando come tale valutazione si risolva sul piano "obiettivo" delle scelte d'azione piuttosto che su quello psicologico, e di M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 493 ss., e ID., *Teoria del reato*, cit., 272 ss., così come la categorizzazione delle scusanti di F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 258 ss..

<sup>424</sup> Segnalata da D. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., 513 s., il quale nota l'ambiguità del contrappunto, formulato da F. BRICOLA, voce *Teoria generale*, cit., 57, tra riconoscibilità del diritto e imputabilità come limiti rispettivamente "oggettivo" e "soggettivo" della responsabilità penale, a fronte del fatto che l'intera materia della colpevolezza è inquadrata tradizionalmente nell'elemento soggettivo del reato.

di *Schuld* proposta da Achenbach con il principio di conoscibilità della legge penale strettamente legato allo *Schuldprinzip* ma non necessariamente inerente alla *Strafbegründungsschuld*.

In questa prospettiva, alla luce del parallelismo con la tematica dell'imputazione colposa offerto dal criterio dell'"inevitabilità" dell'ignoranza – e, simmetricamente, della "prevedibilità" della legge)<sup>425</sup> – si valuterà l'opportunità di ricondurre al piano della tipicità quei fattori che incidono sulla misura "oggettiva" della riconoscibilità della norma (riferita ad una figura paragonabile all'"agente modello" e pertanto del tutto spersonalizzata), ed una più strettamente "soggettiva", nella quale possono rientrare valutazioni attinenti al reo<sup>426</sup>. Proprio la giurisprudenza della Corte europea, che inevitabilmente tende a considerare esclusivamente il profilo obiettivo e ad ignorare quello personalistico<sup>427</sup>, si offre allora come utile chiave di lettura ai fini di una classificazione dei diversi fattori di riconoscibilità sui piani oggettivo e soggettivo, affiorata nella stessa sentenza n. 364/1988 e nella riflessione dottrinale che l'aveva preceduta<sup>428</sup>. In particolare, rispetto alla triplice articolazione dei fattori di riconoscibilità tratteggiata precedentemente (v. *supra*, § 3.1), tale analisi si dovrà rivolgere ai presupposti "formali" e "sostanziali" (nelle accezioni sopra descritte), mentre conserva una dimensione certamente personalistica l'ipotesi della "carente socializzazione" del reo<sup>429</sup> che, pertanto, rimane inevitabilmente estranea alla prospettiva della Corte europea (peraltro affrontata in poche righe dalla Corte costituzionale e scarsamente valorizzata dalla stessa letteratura

---

<sup>425</sup> Osservano l'analogia tra imputazione colposa del fatto e valutazione sulla scusabilità dell'errore di diritto, in particolare, D. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., 469 ss., e G. FIANDACA, *Il principio di colpevolezza*, cit., 1392.

<sup>426</sup> Il rinvio alla duplice articolazione dell'imputazione colposa anche in materia di errore sul precetto, per come suggerita dalla stessa Corte costituzionale, è stato osservato a più riprese in dottrina; tra i tanti, cfr. in particolare M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 499 s..

<sup>427</sup> In questo senso, piuttosto che una "soggettivazione" del giudizio di legalità – riscontrata da G. ABBADESSA, *Una nuova violazione dell'art. 7 Cedu*, cit., 343 ss. –, come si vedrà diffusamente nei paragrafi che seguono, il giudizio della Corte europea appare rimanere essenzialmente ancorato ad una dimensione obiettiva, attraverso la quale viene "riletta" anche la tematica dell'errore di diritto. In effetti, anche la declinazione del giudizio rispetto ad una tipologia di destinatario (tenendo conto della natura della sua attività, ecc...) rinvia in ogni caso ad una "misura oggettiva" del giudizio di prevedibilità, piuttosto che prenderne in considerazione componenti personalistiche (così come lo stesso parametro rivela un volto obiettivo e uno subiettivo rispetto all'imputazione colposa del fatto, nella quale la determinazione della regola di diligenza e il giudizio sulla sua inosservanza è evidentemente declinato rispetto alla tipologia di destinatario ma, come osservato nelle moderne ricostruzioni del reato, rimane comunque ancorato al concetto di tipicità, piuttosto che scivolare su quello della colpevolezza).

<sup>428</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., 479 ss., che notava come la possibilità personale di conoscenza d'illiceità dipenda da un lato da garanzie oggettive inerenti la struttura ed i contenuti dell'ordinamento e, dall'altro, presuppone garanzie soggettive sulla socializzazione dei singoli rispetto ai valori "culturali" rilevanti per il diritto. La Corte costituzionale appare sviluppare tale classificazione, in particolare, nelle battute finali (§§ 27 e 28) della sentenza n. 364, osservando che «l'inevitabilità dell'errore sul divieto (e, conseguentemente, l'esclusione della colpevolezza) non va misurata alla stregua di criteri c.d. soggettivi puri (ossia di parametri che valutino i dati influenti sulla conoscenza del precetto esclusivamente alla luce delle specifiche caratteristiche personali dell'agente) bensì secondo criteri oggettivi».

<sup>429</sup> Cfr. L. STORTONI, *L'introduzione*, cit. 1331, che nota come «il problema dell'ignoranza della legge penale non abbisogna di soluzioni sul piano subiettivo se non nel caso – davvero raro – di grave carenza di socializzazione». Nello stesso senso, inquadrando una distinta fase del giudizio di evitabilità dell'errore di diritto autenticamente riconducibile al problema della colpevolezza, cfr. F.C. PALAZZO, *Ignorantia legis*, cit., 958 s..

almeno sino alla recente emersione della tematica del multiculturalismo<sup>430</sup>) e, conseguentemente, all'orizzonte della presente ricerca.

#### **4.2. I difetti formali come vizi di tipicità: l'inquadramento del diritto giurisprudenziale come fonte e l'estensione del principio di irretroattività all'overruling sfavorevole.**

Sul piano "formale" o di "struttura" dell'ordinamento, il vizio di riconoscibilità della norma penale può essere dovuto alla formulazione oscura delle disposizioni legislative pertinenti, specialmente in caso di sovrapposizione di una pluralità di testi a diversi livelli dell'ordinamento<sup>431</sup>, ovvero derivare dall'assenza di orientamenti giurisprudenziali consolidati ed univoci. I due fenomeni, evidentemente, sono collegati poiché proprio una maggior indeterminatezza della fonte positiva consente la formazione di quello che la Corte costituzionale definiva come "un atteggiamento interpretativo gravemente caotico degli organi giudiziari", situazione nella quale è evidentemente più probabile, prescindendo da rigide distinzioni tra conflitti sincronici e diacronici, l'eventualità dell'intervento di un *overruling* sfavorevole<sup>432</sup>. In proposito, si è già avuto modo di notare come i canoni di accessibilità e prevedibilità elaborati dalla Corte europea non solo impongano, ad esempio, l'efficacia irretroattiva del mutamento giurisprudenziale sfavorevole (secondo lo schema dell'istituto statunitense del *prospective overruling*), ma rappresentino lo stesso metro in grado di misurare l'aderenza di una soluzione giudiziale ai precedenti in materia o al diritto scritto, tenendo anche conto delle lacune di determinatezza di quest'ultimo e, più in generale, di tutti gli elementi attinenti alla manifestazione della norma (ad es. le indicazioni errate dell'autorità

---

<sup>430</sup> Secondo L. STORTONI, *L'introduzione*, cit., 1328, si tratta di ipotesi del tutto marginali, se non addirittura di scuola, rinviando alle ipotesi tratteggiate nella monografia di D. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., 484, nella quale si può comunque osservare come spazio ben più ampio sia dedicato alle cause di non conoscibilità della norma penale più correttamente imputabili all'ordinamento (o "oggettive"). Significativa, in effetti, risulta la circostanza che anche la Corte costituzionale nella sua ampia motivazione dedichi alla problematica della carente socializzazione non più di poche righe. Di recente, tuttavia, si può osservare una parziale riscoperta degli aspetti più personalistici del giudizio di riconoscibilità proprio negli studi sul multiculturalismo: in proposito le considerazioni di A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, Giappichelli, Torino, 2006, 112 e 125, nelle quali si tende a superare, proprio mediante il fattore culturale, la rigida contrapposizione tra reati naturali e reati artificiali. Sulla valorizzazione dell'errore di diritto nella prospettiva del multiculturalismo, cfr. anche F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Giuffrè, Milano, 2010, 391 ss..

<sup>431</sup> In tali ipotesi, come segnalato, la Corte europea in certi casi ha riconosciuto alla fonte inferiore la capacità di specificare in modo accettabile la portata della norma sovraordinata, come nei casi *Rekvenyi c. Ungheria*, cit., § 35 ss., e *Flinkkilä e a. c. Finlandia*, cit., § 67, ma, d'altra parte, non ha potuto che rilevare una violazione dell'art. 7 Cedue quando la stessa normativa subordinata contribuiva a rendere del tutto irriconoscibile l'illiceità delle condotte poste in essere, come nel caso *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, cit., § 112, in cui si osservava come l'impossibilità di comprendere il divieto di lottizzazione nell'area di Punta Perotti derivasse anche, oltre che dalle autorizzazioni rilasciate dall'amministrazione, dalla complessa stratificazione della normativa rilevante (tanto che la stessa Corte d'appello di Bari, in secondo grado, assolveva gli imputati per insussistenza del fatto, offrendo un'interpretazione delle regole urbanistiche che poi sarebbe stata ribaltata sotto molteplici profili dalla Corte di cassazione).

<sup>432</sup> Cfr. le osservazioni già formulate nel prologo della monografia di A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit..

amministrativa) che nel caso concreto possono rendere non riconoscibili le conseguente giuridiche punitive collegate ad un determinato illecito (v. *supra*, § 2.2).

Ora, le indicazioni della Corte europea appaiono confermare le perplessità che emergevano già nei primi commenti alla sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988 rispetto all'artificiosa personalizzazione cui assisteva la tematica dell'errore di diritto se riferita ad un vizio dell'ordinamento «qualificato, ragionevole, obiettivo e, quindi, per la contraddizione che non lo consente, mai inescusabile»<sup>433</sup>, nei quali si osservava che «presupposto di un giudizio di inevitabilità è, di contro, proprio l'esistenza di un dato informativo idoneo a scongiurare l'errore»<sup>434</sup>. In effetti, non appare discutibile che, in tali ipotesi – così come nel riconoscimento della “buona fede” nelle contravvenzioni sulla base del fatto “positivo” dell'amministrazione<sup>435</sup> –, non si ponga affatto un problema di conoscibilità legato alle facoltà intellettive del cittadino, quanto semplicemente dovuto all'incertezza della soluzione giudiziale, ad esempio, di fronte ad una pluralità di norme penali “realmente” esistenti, in caso di conflitti giurisprudenziali<sup>436</sup>. La critica mossa alla riconduzione di tali vizi di riconoscibilità della norma – in quanto “formali”, generalizzabili ed obiettivi<sup>437</sup> – ad un problema attinente alla categoria della colpevolezza, chiamata invece a personalizzare il giudizio di responsabilità in riferimento al singolo agente<sup>438</sup>, coglie effettivamente nel segno. E se la stessa Corte costituzionale non mancava di osservare la natura

---

<sup>433</sup> Negli efficaci termini già utilizzati da F. BRICOLA, voce *Teoria generale*, cit., 56.

<sup>434</sup> In questi termini L. STORTONI, *L'introduzione*, cit., 1341, nel quadro di un'ampia riflessione in cui si notava come tali vizi di riconoscibilità non fossero pertinenti alla tematica della colpevolezza, essendo in discussione la stessa qualificazione giuridico penale del fatto. In senso analogo, confrontando la soluzione della Corte costituzionale con la prassi statunitense, che pur conosce “istituzionalmente” la tecnica del *prospective overruling* ma vi preferisce l'istituto del *mistake of law*, E. GRANDE, *La sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale e l'esperienza di "common law": alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*, in *Foro it.*, 1990, I, 417 s. e 423.

<sup>435</sup> Cfr. la giurisprudenza che veniva segnalata, prima della sentenza n. 364/1988, da M. BONAFEDE, *Delitti e contravvenzioni; elemento soggettivo nelle contravvenzioni, buona fede ed errore in tema di reati contravvenzionali*, in F. Bricola-V. Zagrebelsky, diretto da, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, I, Utet, Torino, 1984, 343 ss., e G. FORNASARI, *Buona fede e delitti: limiti normativi dell'articolo 5 c.p. e criteri di concretizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 456 ss..

<sup>436</sup> In questo senso, più di recente, cfr. M. VOGLIOTTI, *Penser l'impensable*, cit., 348, che sottolinea come l'impiego della categoria soggettiva dell'errore rispetto ad un problema essenzialmente oggettivo riveli chiaramente il carattere fittizio di tale impostazione. Nota come l'art. 5 c.p. sia una “scappatoia” rispetto ad un fallimento dell'ordinamento, quando invece dovrebbe valere solo in casi di una condizione soggettiva tale da impedire al soggetto di conoscere la legge penale, anche A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 266 s.. Nello stesso senso, sul punto, cfr. anche le osservazioni della dottrina francese più attenta alla giurisprudenza della Corte europea, in D. ROETS, *La non-rétroactivité de la jurisprudence pénale in malam partem consacrée par la CEDH*, in *Recueil Dalloz*, 2007, 128.

<sup>437</sup> Si tratta, in effetti, di quei presupposti ritenuti attinenti alla “struttura”, piuttosto che al “contenuto”, dell'ordinamento nella monografia di Pulitanò, e già considerati come profili “obiettivi” del requisito di conoscibilità. Anche nella riflessione di F. BRICOLA, voce *Teoria generale*, cit., 57, peraltro, la possibilità di conoscere la norma penale veniva ad essere configurata quale limite di natura oggettiva della norma medesima, contrapposta all'imputabilità come autentico limite di natura personale.

<sup>438</sup> In proposito, cfr. tra tutti, l'ampia ricostruzione di M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., *passim* ed in particolare 582 ss..

oggettiva di tali parametri<sup>439</sup>, risultava, in effetti, piuttosto contraddittorio il successivo riferimento alle “maggiori capacità conoscitive” del soggetto in quanto suscettibili di recuperare, sul piano personalistico, il difetto di riconoscibilità dell’ordinamento<sup>440</sup>. Analoga considerazione vale per quelle che la Corte costituzionale definiva cause di natura “mista”, le quali, sebbene si concretizzino nella formazione specifica della deliberazione criminosa – si pensi alle indicazioni dei tecnici e le assicurazioni di soggetti istituzionali, tra cui il paradigmatico esempio dell’autorizzazione dell’autorità amministrativa (già annoverata tra gli “elementi positivi” ai quali dover ricondurre l’errore nella segnalata giurisprudenza sulla buona fede nelle contravvenzioni)<sup>441</sup> – sono comunque “generalizzabili” e “spersonalizzabili” e, come nota il giudice costituzionale, non autenticamente veicolabili sul piano personalistico, dato che emerge chiaramente nella giurisprudenza di Strasburgo<sup>442</sup>. Anche in tali situazioni, in effetti, appare delinearsi un difetto di tipicità che non giustifica la richiesta di uno sforzo conoscitivo da parte dell’agente, anche a costo di tollerare un atteggiamento lassista della pubblica amministrazione<sup>443</sup>. Alla giurisprudenza della Corte europea, quindi, deve essere riconosciuto il merito di inquadrare tali vizi “formali” di riconoscibilità, soprattutto per quanto riguarda il problema del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, al di fuori dell’elaborazione della categoria della colpevolezza ed esclusivamente in una “misura oggettiva” della prevedibilità che altro non è se non la verifica dell’effettiva sussistenza del comando che si

---

<sup>439</sup> Cfr., il § 27 della sentenza n. 364/1988, in cui il l’oscurità del testo legislativo o l’atteggiamento caotico della giurisprudenza erano qualificati come criteri “oggettivi puri”.

<sup>440</sup> Sempre al § 27 della sentenza n. 364/1988, la Corte affermava che: « La spersonalizzazione che un giudizio formulato alla stregua di criteri oggettivi puri necessariamente comporta va tuttavia, compensata, secondo quanto innanzi avvertito, dall’esame di eventuali, particolari conoscenze ed “abilità” possedute dal singolo agente: queste ultime, consentendo all’autore del reato di cogliere i contenuti ed il significato determinativo della legge penale escludono che l’ignoranza della legge penale vada qualificata come inevitabile». In proposito cfr. le condivisibili osservazioni critiche di L. STORTONI, *L’introduzione*, cit., 1325 s., e di D. PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., 722, i quali osservano come in ipotesi di oscurità del testo o di caos a livello interpretativo non sia possibile un recupero delle maggiori abilità del soggetto (pur ammettendolo il secondo in presenza di situazioni di oscurità “relativa”). Appare, in effetti, maggiormente soddisfacente la soluzione adottata nella prassi statunitense in tema di *mistake of law*, segnalata da E. GRANDE, *La sentenza n. 364/1988*, cit., 418, in cui la dimensione oggettiva dell’errore appare maggiormente valorizzata, non essendo dato alcun rilievo, in caso di prassi assolutoria improvvisamente contraddetta, all’eventuale convinzione dell’individuo dell’illiceità penale della propria condotta. In senso contrario, si segnala l’opinione di F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, cit., 250 e 262, secondo il quale, almeno nell’ipotesi di contrasto sincronico, il soggetto agente avrebbe comunque in ultima analisi la possibilità di comprendere l’illiceità penale della propria condotta (guardando alla prassi di condanna) e, quindi, sarebbe corretto ricorrere alla tematica della colpevolezza e dell’errore, ritenendolo scusante (analogamente, tale soluzione viene riproposta in caso di oscurità, almeno “relativa”, dei testi normativi di riferimento).

<sup>441</sup> Sulla considerazione dell’atto autorizzativo come “elemento positivo” di non conoscibilità del divieto penale cfr. anche D. PULITANÒ, *L’errore di diritto*, cit. 496 ss..

<sup>442</sup> Nella quale, infatti, anche le cause “miste” vengono a comporre il giudizio di obiettiva prevedibilità della legge, come nella segnalata sentenza *Sud Fondi c. Italia*, cit., § 112, nella quale, fondandosi essenzialmente sulle conclusioni della stessa Corte di cassazione, si notava come, oltre la vaghezza del quadro normativo urbanistico, all’assenza di riconoscibilità dell’abusività della lottizzazione dei terreni di Punta Perotti avessero contribuito evidentemente gli “sconsiderati” provvedimenti autorizzativi rilasciati dal comune di Bari.

<sup>443</sup> Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale*, cit., 56, il quale fa salva solo l’ipotesi di autorizzazione manifestamente abnorme anche agli occhi del cittadino. Nel senso di un più rigoroso dovere d’informazione volto a limitare le ragioni dell’affidamento del singolo rispetto da atteggiamenti lassisti della Pubblica Amministrazione cfr., invece, D. PULITANÒ, *L’errore di diritto*, cit., 505 ss..

pretende violato (così come sul piano dell'imputazione colposa del fatto concerne l'esistenza di una regola di cautela inosservata).

Peraltro, sulla base di tale premessa condivisa, nei diversi commenti alla sentenza n. 364/1988 si potevano registrare due atteggiamenti profondamente divergenti. In una prima prospettiva, infatti, si notava come la sentenza, pur senza discutere il paradigma epistemologico della negazione del ruolo della giurisprudenza come fonte in materia penale e risolvendo la questione sul piano della colpevolezza, fosse da salutare con favore per aver pragmaticamente preso atto dei vizi di conoscibilità della norma positiva connessi all'irrinunciabile mediazione giudiziale nella sua concretizzazione<sup>444</sup>. Di altro tenore, ben più critico, le considerazioni di chi prospettava un «utilizzo strumentale dell'errore scusabile per coprire lacune e carenze dell'ordinamento», in un'impostazione volta piuttosto a negare il ruolo del *Richterrecht* e ad invocare, conseguentemente, una rinnovata attenzione per le esigenze, costituzionalmente imposte, di tassatività e determinatezza delle fattispecie, unica via percorribile per garantire un'effettiva garanzia della conoscibilità della norma penale. In particolare, allarmava il fatto che, accanto al problema del caos interpretativo, affiorasse nella sentenza anche una dissociazione tra il canone della tassatività ed il principio di legalità, nel momento in cui la carenza di precisione della norma appariva trovare anch'essa rimedio nel riconoscimento della scusabilità dell'errore del singolo, piuttosto che nell'illegittimità costituzionale della stessa<sup>445</sup>. Si notavano, infine, i rischi di “conservazione dell'esistente” (rappresentato da una legislazione sempre meno attenta, appunto, ai canoni di determinatezza e precisione) implicati dalla posizione assunta dalla Corte costituzionale, acuiti dal carattere discrezionale ed episodico della valutazione di inesigibilità, pertanto foriera di sperequazioni sanzionatorie<sup>446</sup>.

Effettivamente, la giurisprudenza della Corte europea avvalora le tesi di chi ha sostenuto la necessità di superare il paradigma dell'assoluta centralità della fonte scritta in favore del riconoscimento del ruolo del formante giurisprudenziale. I giudici di Strasburgo, infatti, non si limitano a prendere atto dell'incidenza del diritto “vivente” sulla riconoscibilità della norma – come

---

<sup>444</sup> È la posizione di E. GRANDE, *La sentenza n. 364/1988*, cit., 423 s., che pur notando l'anomalia sistematica intesa come “artificio” comunque destinato ad operare nella fisiologia del sistema, notava come l'istituto dell'errore di diritto consentisse ai giudici di adottare soluzioni innovative senza minare la garanzia di chi aveva agito sotto il vigore del precedente orientamento giurisprudenziale, attuando così la lettera dell'art. 25, 2° c., Cost. anche in riferimento alla fonte giudiziale.

<sup>445</sup> Cfr. ancora L. STORTONI, *L'introduzione*, cit., 1319 ss. e 1348. D'altra parte, notava lo spostamento del problema dell'indeterminatezza dal piano della legalità a quello della colpevolezza anche D. PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., 721, pur astenendosi dal formulare un giudizio critico così netto, anche in relazione alla stessa capacità della dottrina di nucleare parametri di determinatezza in grado di orientare il sindacato ex art. 25 Cost. sulla produzione legislativa.

<sup>446</sup> Tali osservazioni critiche erano, in particolare, sviluppate da L. STORTONI, *L'introduzione*, cit., 1347 ss.. Sulla possibilità di derivazioni arbitrarie, cfr. anche S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in U. Vincenti, a cura di, *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso*, Cedam, Padova, 2000, 249.

pragmaticamente si attesta nella sentenza n. 364/1988<sup>447</sup> ma anche (e soprattutto) nella giurisprudenza costituzionale in punto di determinatezza delle fattispecie<sup>448</sup> – ma legittimano il ruolo della *judicial law* come autentica fonte di produzione in materia penale. Ed anche da questo punto di vista, in fondo, le indicazioni della Corte europea, che evidentemente hanno incontrato diverse critiche della dottrina più legata al paradigma giuridico continentale<sup>449</sup>, sembrano meritare un certo apprezzamento per il contributo offerto al riconoscimento del valore del diritto “vivente” anche nel settore criminale<sup>450</sup>, soprattutto in un momento storico in cui il passaggio ad un sistema giuridico sempre più “reticolare” fa emergere la centralità del giudice nazionale come ricostruttore, piuttosto che applicatore, del diritto (v. diffusamente *supra*, Cap. I, § 2.3). Peraltro, un’accezione del ruolo fisiologico, piuttosto che patologico, dell’ermeneutica giudiziale (sempre più diffusa anche nella letteratura penalistica italiana, come si vedrà *infra*, Cap. IV, § 2.1), non sembra imporre necessariamente un commiato dai principi costituzionali di sottoposizione del giudice alla legge<sup>451</sup> e (in materia penale) di riserva di fonte parlamentare, così come non implica una negazione del valore degli stessi canoni di determinatezza e precisione della norma scritta. Se è vero, infatti, che il confronto con il diritto “vivente” mette a dura prova la tenuta di tutti i corollari del principio di legalità<sup>452</sup>, non si può escludere che la loro funzione sostanziale possa essere conservata anche nel paradigma della *law in action*.

Quanto al primo profilo, si può notare che, effettivamente, il corollario più strettamente “politico” della riserva di legge ha storicamente comportato le maggiori resistenze al riconoscimento del valore del *Richterrecht* nella dottrina penalistica piuttosto che in quella civilistica (che pur deve fare i conti con l’art. 101 Cost.)<sup>453</sup>, quando invece le medesime esigenze di

---

<sup>447</sup> La Corte costituzionale riconosce “realisticamente” che ogni legge ha bisogno di “letture” e interpretazioni sistematiche ed il ruolo insostituibile delle informazioni provenienti da soggetti qualificati e, in particolare, dalla giurisprudenza. Si scorgono in tale ragionamento, in effetti, evidenti analogie con i termini della Corte europea.

<sup>448</sup> Sul punto, cfr. in chiave critica, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 145 ss., e F.C. PALAZZO, *Legalità e indeterminazione*, cit., 66 ss..

<sup>449</sup> Ciò non solo sul piano della riserva di legge, ma anche relativamente al problema della sicurezza giuridica del cittadino; in questo senso, cfr. la nota critica di R. KOERING-JOULIN, *Pour un retour à une interprétation stricte... du principe de la légalité criminelle*, in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, 1995, 252 ss., e F. SUDRE, *Le principe*, cit., 355 s., ma anche l’opinione dissidente del giudice Martens a margine della sentenza *Kokkinakis c. Grecia*, cit.

<sup>450</sup> Si comprende come la prospettiva europea sia sovente richiamata con apprezzamento dagli Autori che promuovono il riconoscimento del ruolo creativo della giurisprudenza. Tra tutti, cfr. M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell’incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, 646 ss..

<sup>451</sup> Nota, in particolare, R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell’ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 280, come il riconoscimento della funzione creativa della giurisprudenza non implichi una negazione del principio secondo il quale l’attività interpretativa del giudice deve svolgersi nell’ambito della legge e, quindi, nel rispetto dell’art. 101, 2° c., Cost. (e, per quel che riguarda la materia penale, dell’art. 25, 2° c., Cost.).

<sup>452</sup> Cfr. le considerazioni di A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 113 ss., e di A. BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale “imprevedibile”: una “nuova frontiera” del processo di “europeizzazione” del diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2007, 2202 ss..

<sup>453</sup> La dottrina civilistica si è dimostrata storicamente maggiormente disponibile a riconoscere il ruolo produttivo della giurisprudenza; tra tutti, cfr. gli interventi raccolti in G. VISINTINI, a cura di, *La giurisprudenza per massime e il valore*

certezza (sui piani sostanziale della libertà delle scelte e processuale del diritto di difesa), divenendo ancora più stringenti nella branca criminale, avrebbero suggerito una maggiore attenzione al problema del ruolo del diritto giudiziale nella concretizzazione della norma<sup>454</sup>. Tuttavia, la stessa idea di diritto “vivente” sembra potersi confrontare con l’idea di priorità della fonte scritta, potendosi plausibilmente ipotizzare un mutamento giurisprudenziale comunque contenuto all’interno dei limiti tracciati da una determinata disposizione<sup>455</sup>. In effetti, tale problematica appare ruotare intorno alla *vexata quaestio* della distinzione, probabilmente irrinunciabile, tra interpretazione estensiva ed interpretazione analogica – resa ancora più complessa dalla sostanziale impossibilità di far valere in chiave dimostrativa la violazione del divieto di analogia<sup>456</sup> – la quale, tuttavia, non può essere affrontata in questa sede in cui interessano soprattutto le ricadute in punto di garanzia individuale<sup>457</sup>.

Tornando al profilo più specificamente storico, sembra che il riconoscimento della giurisprudenza come fonte non neghi neppure la validità dei canoni di determinatezza e precisione della norma scritta, i quali sicuramente rimangono condizioni essenziali per la riconoscibilità della stessa, come peraltro la stessa Corte europea ammette, pur avendo solo raramente censurato una norma per la sua genericità<sup>458</sup> mostrando una “prudenza” che, d’altra parte, caratterizza anche la

---

*del precedente*, Cedam, Padova, 1988, e la voce di G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, XXIII, Treccani, Roma, 1990, ma già lo studio di W. BIGIARI, *Appunti sul diritto giudiziario*, 1933, *passim*. D’altra parte, anche ai civilisti non è estranea l’esigenza di individuare dei limiti ad una fonte non democratica, indicati nella coerenza con i valori fondamentali, ad esempio, da S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 3 ss..

<sup>454</sup> Come osserva A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 20 ss..

<sup>455</sup> Si pensi all’ipotesi di un’interpretazione eccessivamente restrittiva alla quale ne segua una più ampia ma comunque compatibile con il dato normativo.

<sup>456</sup> Come osservato puntualmente da S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento*, cit., 248.

<sup>457</sup> Ci si può limitare, sul punto, a richiamare la giustificazione della distinzione tra interpretazione estensiva e analogica, nonostante l’identità del procedimento logico adottato, che caratterizza la riflessione di N. BOBBIO, voce *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, 3 ed., I-1, Utet, Torino, 1968, 605. Nello stesso senso, cfr. G. ZACCARIA, *L’analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1534 ss., che, pur riconoscendo come ogni procedimento interpretativo funzioni in modo logico-analogico, rinviando alla nota ricostruzione di ART. KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"*, Verlag C.F. Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1965, trad., *Analogia e "natura della cosa"*, Vivarium, Napoli, 2003, distingue la più specifica e sussidiaria ipotesi dell’*analogia legis* in base alla parallela distinzione tra lacunosità generica e specifica dell’ordinamento, pur dando atto di come, specificamente in materia penale, la nitidezza del confine finisce per dipendere essenzialmente dal grado di determinatezza della fattispecie incriminatrice. Nello stesso senso, più di recente, ricostruisce il divieto di analogia (a fronte della struttura analogica di ogni ragionamento interpretativo) in relazione ai concetti di “area semantica” e “intenzione del testo”, volti a distinguere a loro volta i termini della distinzione tra “interpretazione” da “sovrainterpretazione”, O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2006, 274 ss.. Ancora, da ultimo, pur in una prospettiva fortemente critica dell’idea di monopolio legislativo delle fonti (anche in materia penale), non rinuncia all’idea di testo come base (e non come mero pretesto) dell’interpretazione, discutendo le tesi sostenute dalle correnti del nichilismo giuridico, M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., 65 ss.. Per uno sguardo sulla prassi giurisprudenziale relativa alla distinzione tra interpretazione e analogia, recepita in via di principio dalla stessa Corte di cassazione, cfr. la rassegna critica di G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 172 ss..

<sup>458</sup> Cfr. la già segnalata sentenza *Hashman e Harrup c. Regno Unito*, cit., § 38 ss.. In letteratura, nota come alla Corte europea non sia estranea una valutazione dei principi di formulazione testuale della norma, ad esempio, M. DELMAS-MARTY, *Légalité pénale et prééminence du droit*, cit., 154.

giurisprudenza costituzionale italiana<sup>459</sup>. Ma il punto è che anche ogni “terapia lessicale” non è evidentemente in grado di paralizzare il margine interpretativo del giudice<sup>460</sup> e, quindi, si rende necessario un recupero delle esigenze di garanzia dell’individuo anche al di fuori del paradigma (*rectius* della finzione) dell’intervento giudiziale meramente “dichiarativo”<sup>461</sup>. Così, la considerazione del formante giurisprudenziale non comporta automaticamente una “conservazione dell’esistente” rappresentato da una formulazione delle leggi sempre meno rispettosa dei principi di determinatezza e tassatività, bensì mira a dimostrare come, a fronte di un’applicazione caotica di una norma (più o meno tassativa che essa sia), o ad un’interpretazione innovatrice con effetti *in malam partem*, si manifesti nell’ordinamento un autentico vizio di tipicità, così “completando” il profilo garantistico della legalità senza necessariamente negare la validità delle acquisizioni tradizionali della *law in the books*<sup>462</sup>. In fondo, la Corte europea ha il merito di notare che anche un’interpretazione estensiva (tradizionalmente ammessa in materia penale) se non preceduta da pronunce conformi, comporta un problema di riconoscibilità al pari di una norma retroattiva<sup>463</sup>.

---

<sup>459</sup> Allarmante che nessuna significativa pronuncia della Corte costituzionale sia intervenuta rispetto all’epoca in cui, già in chiave critica, descriveva la scarsa valorizzazione del principio di determinatezza nella giurisprudenza costituzionale F. BRICOLA, *Il II e III comma*, cit., 266 ss.. Più di recente, sul punto, cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 144.

<sup>460</sup> Come osservato da G. FIANDACA, *Nota introduttiva*, in *Foro it.*, 1988, V, 442 ss., e M. VOGLIOTTI, *Penser l’impensable*, cit., 350, anche la norma più determinata può essere passibile di più interpretazioni. In proposito, cfr. anche le riflessioni di A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 145 ss. e 260 ss.. Anche in una prospettiva essenzialmente rivolta a denunciare i difetti di determinatezza della norma come originari delle incertezze interpretative, peraltro, considerava la possibilità di imprevedibilità dell’esito del giudizio a fronte di una norma di per sé sufficientemente tassativa L. STORTONI, *L’introduzione*, cit., 1322 s.. Nello stesso senso, specificamente sottolineando il merito della Corte europea di aver accolto un’impostazione “realista”, cfr. D. SPIELMANN, *Principe de légalité*, cit., 697 e D. ROETS, *La non-rétroactivité*, cit., 128.

<sup>461</sup> Negli efficaci termini di S. POMORSKI, *American common law and the principle nullum crimen sine lege*, Mouton, The Hague-Paris, 1975, 181, «the fiction of the declaratory theory masks the retroactivity of the common law». Sul punto, si possono segnalare anche le puntuali considerazioni di E. GRANDE, *La sentenza n. 364/1988*, cit., 423, secondo la quale «il giudice italiano, come quello americano, non è un oracolo che con la nuova interpretazione riscopre il vero significato della norma positiva in precedenza misteriosamente travisato nella sua essenziale immutabilità. Egli in verità con la nuova lettura della disposizione incriminatrice crea di fatto una nuova norma nei confronti della cui retroattività, se di norma sfavorevole si tratta, il cittadino dovrà essere garantito».

<sup>462</sup> Da ultimo, cfr. G. INSOLERA, *Luci e ombre*, cit., 2367, il quale apre all’idea di “legalità materiale” in una combinazione di tipo “concorrenziale” capace di innalzare gli standard di garanzia offerti dall’art. 25 Cost., purché il ruolo creativo dell’interpretazione non varchi “la linea di rottura del dato positivo”. Sottolinea anche M. VOGLIOTTI, *Penser l’impensable*, cit., 377 come la prospettiva della Corte europea, di difficile recepimento integrale in ambito di *civil law*, può essere piuttosto coniugata con le acquisizioni continentali in virtù delle superiori prestazioni garantistiche offerte.

<sup>463</sup> Non si condividono, pertanto, le osservazioni ricorrenti in alcuni settori della dottrina francese che, a commento della sentenza *Pessino*, ha ritenuto che la Corte abbia fatto una confusione tra obbligo di interpretazione restrittiva e divieto di retroattività, notando che nel caso in questione si sarebbe potuto semplicemente rilevare una violazione del primo; in questo senso O. BACHELET, *Les revirements de jurisprudence, problèmes d’application dans le temps*, in P. Tavernier, a cura di, *La France et la Cour européenne des droits de l’homme - La jurisprudence en 2006*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 168, e D. ROETS, *L’application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l’homme*, in *Recueil Dalloz*, 2004, 125. Il punto è che la Corte europea, proprio per quanto detto in tema di nozione di legge e di mancata considerazione del profilo politico della riserva (v. *supra*, § 2.1), non ha alcun motivo di dichiarare illegittima una certa interpretazione estensiva (finanche analogica) di una legge scritta (in generale, non ha interesse a pronunciarsi sui limiti dell’attività ermeneutica) se questa non si risolve in un’applicazione imprevedibile a carico dell’imputato:

Il progressivo recepimento della prospettiva tracciata dai giudici di Strasburgo, pertanto, appare poter consentire una, oramai doverosa, “neutralizzazione” rispetto all’individuo delle conseguenze di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole, non diversamente da quanto avviene mediante l’istituto del *prospective overruling*, già sul piano del giudizio di legalità-tipicità. Attesa la problematicità di un riferimento alla categoria delle scusanti, infatti, non si vede come, attraverso un persistente disconoscimento del ruolo del *Richterrecht* nella produzione giuridica, potrebbe essere garantita altrimenti l’inefficacia del mutamento giurisprudenziale sfavorevole<sup>464</sup>. E si consideri, peraltro, che l’inquadramento di tale problematica sul piano della tipicità, oltre i profili di correttezza dogmatica, sembra comportare immediate e positive ricadute anche da un punto di vista applicativo che, come si vedrà, si possono apprezzare soprattutto in ambito interno (v. diffusamente *infra*, Cap. IV, § 2.1).

Si è già avuto modo di notare, in proposito, come all’estremo interesse che suscitano le affermazioni “di principio” della Corte europea, faccia riscontro una prassi “deludente”, caratterizzata dall’estrema esiguità delle pronunce di accoglimento per violazione del profilo contenutistico dell’art. 7 Cedu, il che probabilmente si spiega in ragione del fatto che tale soluzione richiede un grado di conoscenza del quadro normativo nazionale (positivo e giurisprudenziale) che – nonostante il lavoro della divisione competente per le ricerche giuridiche o l’autorevolezza del giudice dello Stato convenuto (solitamente relatore nella discussione in camera di consiglio) – non sempre può essere raggiunto dai giudici di Strasburgo, come dimostra la dimensione quasi processuale di talune affermazioni, nelle quali si evidenzia soprattutto l’incapacità delle parti di dimostrare l’esistenza o meno di precedenti conformi al sospetto *overruling* piuttosto che l’effettiva sussistenza di un mutamento giurisprudenziale<sup>465</sup>. In effetti, le vere potenzialità del sindacato della Corte europea appaiono esplicitarsi soprattutto in riferimento a giudizi con una forte componente valoriale – paradigmatico il giudizio di “necessità in una società democratica” ma anche, per altro verso, quello inerente la qualificazione “autonoma” di materia penale (in altri termini, nelle ipotesi

---

l’interpretazione estensiva, in altri termini, è contraria all’art. 7 Cedu esattamente nella misura in cui coincide con la formulazione di una nuova regola volta a retroagire nel giudizio in cui viene adottata.

<sup>464</sup> Si palesano, in effetti, problemi di giustiziabilità ancora più acuti rispetto al problema dell’indeterminatezza della norma. Non disconoscendo il fatto che l’imprecisione della norma si riflette sulla sua stessa legittimità, non si può fare a meno di osservare, infatti, che qualora un’eccezione di legittimità non sia accolta (dal giudice *a quo* ovvero da parte della Corte costituzionale) il cittadino non ha modo di far valere la lesione della garanzia se non di fronte, appunto, alla Corte europea. E lo stesso avviene, a prescindere dalla precisione della norma, qualora il giudice di legittimità accolga un’interpretazione innovativa e più sfavorevole, non essendo esposto ad alcun sindacato di altro organo nazionale. Sul punto, cfr. le osservazioni di M. VOGLIOTTI, *Penser l’impensable*, cit., 378, e di A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 127 ss., i quali rilevano come all’interno del paradigma della *law in the books* non si possa trovare alcun rimedio effettivo alla crisi che attraversa il principio di legalità.

<sup>465</sup> Cfr. *Pessino c. Francia*, cit., § 34, in cui la Corte sottolinea che «il governo non è stato in grado di produrre delle decisioni delle giurisdizioni interne, di legittimità o di merito, in cui si stabilisca prima della sentenza impugnata nel presente ricorso che il fatto di proseguire delle opere edilizie nonostante un provvedimento sospensivo del giudice a fronte dell’ottenimento del permesso di costruire, costituisce reato».

riconducibili alle tecniche argomentative esaminate *supra*, Cap. I, § 3.1) – mentre in tema di irretroattività, piuttosto che in una questione “di principio” (riconosciuto ampiamente nel panorama degli ordinamenti europei), l’esame della doglianza tende a risolversi in una questione eccessivamente “tecnica”. Ed invero, proprio le riflessioni conclusive del presente capitolo devono essere dedicate a determinate “infiltrazioni valoriali” che si sono manifestate nella giurisprudenza europea sull’art. 7 Cedu, essenzialmente in relazione alla tensione che si registra tra indici “formali” e “sostanziali” di riconoscibilità dei precetti, le quali rinviano, in definitiva, alla possibilità di bilanciamento (momento valutativo tipico del giudizio di proporzione) delle esigenze di garanzia individuale rispetto alle ragioni della difesa sociale.

#### **4.3. Il ruolo delle concezioni “sostanziali” del reato nel giudizio di riconoscibilità.**

Oltre ai profili attinenti alla struttura dell’ordinamento, sulla riconoscibilità della norma penale incide evidentemente il suo stesso contenuto, dal punto di vista “sostanziale” della sua “pregnanza culturale” e della rilevanza del bene giuridico da questa tutelato<sup>466</sup>. Se si è già avuto modo di osservare, infatti, come i vizi formali incidano sullo stesso requisito della tipicità del fatto (ancor prima di ogni indagine sulla colpevolezza dell’autore) e i problemi di socializzazione del reo attengano ad un piano più strettamente personalistico, la tematica della conoscibilità dei reati “artificiali” appare più complessa.

Da un lato, infatti, anche il problema dei reati cc.dd. “di pura creazione legislativa” o “sforniti di disvalore sociale” – a prescindere dalla valenza dimostrativa o meramente critica che si voglia accordare alle definizioni sostanziali di reato – presenta una componente essenzialmente obiettiva, nella misura in cui il giudizio di riconoscibilità si può impostare assumendo come termine il contenuto disvaloriale della norma per come riferita alla tipologia di destinatari. In questo senso, eventuali obblighi specifici di informazione esistenti nei settori del diritto penale complementare vengono per lo più a scolpire una differente figura di destinatario “modello”, sempre sul piano della misura “oggettiva” del giudizio di inevitabilità, piuttosto che attuare un autentico recupero personalistico nel giudizio di conoscibilità della norma<sup>467</sup>. Al pari della valutazione di conformità al principio di offensività, in effetti, il giudizio di irriconoscibilità “sostanziale” del precetto conserva un profilo del tutto obiettivo, presentandosi il medesimo vizio dell’ordinamento ancorché osservato

---

<sup>466</sup> Cfr. sul punto, D. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., 459 e 479 ss., e, più specificamente sul profilo dell’aderenza alle *Kulturnormen*, A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 63 ss..

<sup>467</sup> In proposito, cfr. le considerazioni di E.R. BELFIORE, *Brevi note sul problema della scusabilità dell’“ignorantia legis”*, in *Foro it.*, 1995, II, 156.

dalla differente angolatura della sua comprensibilità da parte del destinatario<sup>468</sup>. A ben vedere, proprio tale componente obiettiva, riconosciuta peraltro dalla stessa Corte costituzionale<sup>469</sup>, consente alla Corte europea una valutazione sulla “sostanza” dell’illecito al di fuori dalla tematica della colpevolezza e nell’ambito dello scrutinio inerente il rispetto del principio di legalità<sup>470</sup>.

Per altro verso, il giudizio di riconoscibilità del significato del precetto mantiene senza dubbio una ulteriore componente personalistica (una misura “soggettiva”) che accede a quella “oggettiva” declinandola rispetto al singolo agente. Negli studi sul multiculturalismo precedentemente richiamati, ad esempio, è stato osservato come la stessa distinzione tra reati “naturalisti” e “artificiali”, in fondo, dipenda anche da una precomprensione soggettiva del disvalore di certe azioni<sup>471</sup>; inoltre, in queste ipotesi più ampi sembrano i margini di incidenza delle “maggiori conoscenze del singolo agente” (nei termini della Corte costituzionale) nella valutazione di riconoscibilità del contenuto del precetto, invece precluse in presenza di un difetto di tipicità “formale”<sup>472</sup>. Se può essere accolta, quindi, la collocazione sul piano della *Strafbegründungsschuld* del problema dell’incoscienza dell’antigiuridicità di fatti scarsamente offensivi – ossia in una valutazione autonoma e successiva non solo a quella di tipicità oggettiva, ma anche all’accertamento del dolo e della colpa, secondo il modello della *Schuldtheorie*<sup>473</sup> –, si deve tenere

---

<sup>468</sup> Cfr., in proposito, la puntuale critica di L. STORTONI, *L'introduzione*, cit., 1324 ss., che all’ipotesi di difetto di chiarezza dell’ordinamento assimila quella di carente collegamento della norma alla tutela di un bene costituzionalmente rilevante, osservando come anche in questo frangente «non tanto di difetto di colpevolezza dovrebbe farsi questione ma, prima ancora, di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice rispetto a principi di cui la Corte stessa riconosce l’esistenza». Al di là della promozione in chiave dimostrativa del principio di offensività, è importante notare il fatto che in tale riflessione si osservi chiaramente come anche le ipotesi di reati artificiali implicino una carenza di riconoscibilità non imputabile al destinatario della norma, quanto piuttosto allo stesso ordinamento.

<sup>469</sup> Al § 28 della sentenza n. 364/1988, in particolare, si osservava come, a prescindere dalla socializzazione del soggetto agente, il problema dei cc.dd. “reati artificiali” rendesse oggettivamente imprevedibile l’illiceità del fatto, ad eccezioni della violazione di obblighi specifici o di informazione sulle regole disciplinanti determinati campi di attività professionali.

<sup>470</sup> Come segnalato precedentemente, nell’importante pronuncia *Pessino c. Francia*, cit., § 36, in presenza di reati di creazione legislativa i giudici di Strasburgo hanno avuto meno difficoltà a riconoscere l’imprevedibilità dell’*overruling*, espressamente segnalando i profili di *distinguishing* rispetto ai noti precedenti sui *marital rapes*, nei quali la Corte si era curata di rimarcare il carattere per definizione degradante del reato di violenza sessuale, così manifesto che la qualificazione penale di quegli atti, commessi dai mariti sulle proprie mogli, doveva essere ritenuta prevedibile e non contraria all’articolo 7 della Convenzione, alla luce degli obiettivi fondamentali della stessa, “la cui essenza stessa è il rispetto della dignità e della libertà umana”. In questo senso, si può dire che il contenuto dell’incriminazione viene valutato sullo stesso piano degli elementi più strettamente attinenti al problema della legalità.

<sup>471</sup> Si tratta della già segnalata osservazione di A. BERNARDI, *Modelli penali*, cit., 125. In proposito, nota F. BASILE, *Immigrazione*, cit., 394 s., la maggior attitudine delle giurisdizioni straniere, rispetto a quelle italiane, ad ammettere l’esimente dell’ignoranza inevitabile anche in ipotesi di reati c.d. “naturalisti”, di fatto relativizzandone la distinzione con quelli “artificiali”. Sul punto, a sottolineare la necessità di tale relativizzazione, cfr. anche R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Giappichelli, Torino, 2005, 159 s..

<sup>472</sup> In questo senso, cfr. D. PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., 722 s..

<sup>473</sup> Secondo l’autorevole costruzione dogmatica di M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 493 ss. ed in particolare 518 ss., in cui si osserva come la disciplina dell’errore di diritto presupponga la sussistenza del dolo come elemento di tipicità soggettiva e si pone quindi come questione logicamente successiva alla definizione dell’oggetto del dolo e, pertanto, l’errore sul precetto «non esclude il dolo neppure quando scusa», proprio perché si colloca sul piano della

presente che il giudizio di prevedibilità della legge penale in queste ipotesi appare, in ogni caso, comporsi di entrambe le misure oggettiva e soggettiva<sup>474</sup>. Ci si potrebbe chiedere, anzi, se la prima valutazione possa essere da sola sufficiente a dare esito negativo e, quindi, se non vi possano essere «una serie di circostanze oggettivamente accertate che impediscono di ritenere “evitabile” l’errore, cioè a dire ascrivibile in sostanza ad una personalità “imperfetta”, ad un “vizio” della personalità»<sup>475</sup>. Rinviando alle battute finali alcune brevi riflessioni sul punto, in questa sede preme soprattutto sottolineare che la riconduzione degli elementi “formali” e “sostanziali” di riconoscibilità, rispettivamente, ai piani della tipicità e della colpevolezza permette di svolgere alcune osservazioni critiche sulla giurisprudenza della Corte europea nella quale si manifesta una tendenza a consentire un recupero di lacune di tipicità formale sulla base della “naturalità” dell’illecito, di fatto riproponendo quella contraddizione tra concezioni “formali” e “sostanziali” della legalità nella quale si riflette la fondamentale antitesi tra ragioni di garanzia del singolo ed esigenze di difesa sociale<sup>476</sup>.

Tale atteggiamento si palesa, anzitutto, rispetto al settore dove la tensione tra *substantive justice* e *formal legality* è più evidente – ossia il diritto penale internazionale, sistema nato per reprimere violazioni gravissime commesse nella certezza dell’assenza di ogni reazione punitiva statale ma

---

personalizzazione del giudizio di rimproverabilità. Evidenti, in effetti, le simmetrie con la nota ricostruzione di H WELZEL, *Il nuovo volto*, cit., 10 ss..

<sup>474</sup> L’esistenza di una duplice articolazione dell’imputazione colposa anche in materia di errore sul precetto, per come suggerita dalla stessa Corte costituzionale, è osservata dallo stesso M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 499 s.. Nello stesso senso, cfr. anche F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, cit., 277 s..

<sup>475</sup> È la domanda che si pone, anch’egli osservando in tali ipotesi la duplice misura della *culpa iuris*, F.C. PALAZZO, *Ignorantia legis*, cit., 960.

<sup>476</sup> Sul punto, cfr. diffusamente F. MANTOVANI, *Diritto penale - Parte generale*, 6° ed., Cedam, Padova, 2009, 81 ss., il quale nota come «il principio di retroattività trova, viceversa, fondamento nell’esigenza, propria della legalità sostanziale, di una più efficace difesa sociale ma anche di una più sostanziale giustizia, non ritenendosi giusto lasciare impuniti, per lacune legislative, gli autori di fatti antisociali che hanno dato causa alla nuova legge penale». Sul punto cfr. anche le osservazioni critiche di F. C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 306 s., e di F. BRICOLA, *Il II e III comma*, cit., 235, in riferimento a certe posizioni emerse nella letteratura tedesca rispetto alla necessità di bilanciare la garanzia della legalità in nome delle ragioni di tutela. Tali posizioni sono state recepite nella dottrina italiana, in effetti, nella riflessione di F. CARNELUTTI, *L’equità nel diritto penale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, 105 ss., secondo il quale «non vi è alcuna vera ragione per la quale un atto socialmente dannoso non espressamente previsto dalla legge penale non possa essere punito». Sul confronto tra formalismo e sostanzialismo, al di là della posizione estrema di Carnelutti, cfr. anche le considerazioni di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 371 ss.. In effetti, la svalutazione del significato della predeterminazione legale propria delle concezioni sostanziali di reato si è storicamente prestata da un lato ad accogliere soluzioni favorevoli al reo. Si pensi allo scarto tra tipicità e offesa ammessa della concezione realistica del reato di G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano, 1965, *passim* e M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Giuffrè, Milano, 1961, *passim*. Proprio tale divergenza tra fonte positiva e giudizio di valore era criticata da P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, 2° ed., Cedam, Padova, 1972, 18 ss., in quanto volta ad attribuire al giudice il compito della *Rechtserfindung* alla luce di parametri culturali inafferrabili. Tuttavia, sull’impossibilità di mettere sullo stesso piano concezioni *realistiche* e *materiali* (di stampo socialista) del reato, nonostante le simili ricadute applicative *in bonam partem*, cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale*, cit., 74 ss.. Ma dall’altro lato, è anche culminata nelle vicende eclatanti di rottura del garantismo rappresentate dal criterio della meritevolezza di pena e all’accoglimento dell’analogia *in malam partem* che hanno caratterizzato la legislazione nazionalsocialista. Sulla manifestazione delle concezioni sostanzialistiche di reato in chiave *contra reum*, con particolare riferimento alla legislazione nazionalsocialista e alla definizione di reato come comportamento meritevole di pena o contrario al *gesundes Volksempfinden*, cfr. A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, 774.

alla continua ricerca di legittimazione anche dal punto di vista della garanzia di legalità formale<sup>477</sup> – se si considera che, rispetto ad una prima giurisprudenza della Corte in cui era stato fatto ricorso al § 2 dell’art. 7 Cedu (che, come segnalato, accoglie la c.d. “formula di Radbruch”), la tendenza attuale vede un’ampia, e probabilmente eccessiva, valorizzazione – oltre che dello stesso riferimento al “diritto interno” (come nei casi degli omicidi del muro di Berlino)<sup>478</sup> – del rinvio al

---

<sup>477</sup> In un processo che non può considerarsi veramente compiuto anche dopo l’entrata in vigore dello Statuto della Corte penale internazionale che pur, come noto, all’art. 22 consacra il principio del *nullum crimen sine lege*. Ancorché non più esclusivamente fondato sull’individuazione da parte del giudice delle norme consuetudinarie rilevanti, infatti, il diritto penale internazionale appare ancora prevalentemente esposto alle ragioni della *substantive justice* rispetto alla garanzia della *formal legality*. Ciò, beninteso, non tanto in relazione alla svalutazione dei canoni di positività e precisione della fonte, poiché non a questo si è inteso ridurre, nella presente ricerca, l’idea di legalità “formale”, volta invece a considerare anche il formante giurisprudenziale, sullo schema della distinzione tra legalità-tipicità e formalismo tratteggiata in materia da M. CATENACCI, *“Legalità” e “tipicità del reato” nello statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2003, 86 ss., poiché è evidente che in tale sistema risulta centrale il ruolo del giudice “tessitore”, come definito da M. VOGLIOTTI, *Production du droit et réseau et juge “tisseur”. De quelques épiphanies de l’expérience juridique médiévale au sein de la justice pénale internationale*, in M. Delmas-Marty-E. Fronza-É. Lambert-Abdelgawad, a cura di, *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, Paris, 2004, 361 ss.. Il punto dolente concerne, invece, proprio la possibile imprevedibilità degli esiti interpretativi delle sentenze dei giudici internazionali che persiste, soprattutto in relazione al sistema di fonti delineato dall’art. 21, anche dopo l’approvazione dello Statuto della CPI, come osservato da M. COSTI-E. FRONZA, *Le fonti*, in Aa.Vv., *Introduzione al diritto penale internazionale*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2010, 87 ss., e G. FIANDACA, *Spunti di riflessione su diritti umani e diritto penale nell’orizzonte sovranazionale*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2007, 74 ss.. Ed effettivamente tali criticità, oltre il problema attinente alla tipologia di fonti rilevanti che evidentemente deriva dalla necessaria considerazione di sistemi giuridici alquanto eterogenei (non diversamente da quanto avviene nella giurisprudenza della Corte europea), appaiono essenzialmente derivare dalla priorità accordata alle esigenze “giusnaturalistiche” di repressione di violazioni gravissime. Appare ancora rimanere in primo piano, in altri termini, quella che S. ZAPPALÀ, *Quale principio di legalità nel diritto internazionale penale?*, in M. Delmas-Marty-E. Fronza-É. Lambert-Abdelgawad, a cura di, *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, Paris, 2004, 280, definisce «quasi una intuizione del carattere criminoso» dei reati internazionali, proprio segnalando il rischio di degenerazione in « prassi di abusi e violazioni del principio di legalità», che già si sono storicamente manifestate. Si pensi, ad esempio, al vivace dibattito dottrinale suscitato dall’elaborazione dell’istituto concorsuale della c.d. “*Joint Criminal Enterprise III*” da parte del Tribunale internazionale per l’ex Jugoslavia nella sentenza TPJ, *Tadic*, IT-94-1-A-AR77, Camera d’Appello, 227 febbraio 2001, rispetto al quale sia sufficiente richiamare la prospettiva critica di A.M. DANNER-J.S. MARTINEZ, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, in *California Law Review*, 2005, 137, e M.E. BADAR, *Just Convict Everyone! Joint Perpetration from Tadic to Stakic and Back Again*, in *International Criminal Law Review*, 2006, 301. Tale problematica, peraltro, appare ulteriormente acuita sul piano della legalità della pena, nonostante il dettato dell’art. 23 dello Statuto della CPI, come osserva K. AMBOS, *Nulla poena sine lege in international criminal law*, in R. Haveman-O. Olusanya, a cura di, *Sentencing and sanctioning in supranational criminal law*, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2006, 17 ss..

<sup>478</sup> Cfr., sul punto, le osservazioni critiche di G. VASSALLI, *Il divieto di retroattività*, cit., 6 ss., che nota come preferibile fosse la soluzione individuata dalle giurisdizioni tedesche, le quali avevano fatto ricorso a logiche riconducibili, appunto, alla formula di Radbruch piuttosto che ad una ritenuta prevedibilità alla luce dello stesso diritto interno, soluzione indicata come fittizia e inaccettabile. Non è un caso, in effetti, che nella sentenza *K.-H.W. c. Germania*, cit., in cui il ricorrente era un soldato semplice invece che uno dei membri del Consiglio nazionale di Difesa della repubblica democratica tedesca (come nel caso *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, cit.) la decisione sia stata presa con una maggioranza più ristretta, a fronte di una pluralità di opinioni dissenzienti nelle quali si sottolineava, appunto, la necessità di riferirsi piuttosto al § 2 della disposizione, a sua volta riscontrabile anche nel passaggio della sentenza (§ 75) in cui si afferma che «Inoltre, secondo la Corte, anche un soldato semplice non potrebbe completamente e ciecamente riferirsi a degli ordini che violavano in maniera evidente non solo i principi giuridici della DDR, ma anche i diritti dell’uomo sul piano internazionale e soprattutto il diritto alla vita, che è il valore supremo nella gerarchia dei diritti fondamentali».

“diritto internazionale” operato dal § 1 della disposizione<sup>479</sup>, richiamato significativamente come indice di prevedibilità della condanna anche in assenza di ogni recepimento nel diritto interno<sup>480</sup>.

Ma oltre al problema dei crimini internazionali, le “ombre” della giurisprudenza della Corte europea in tema di legalità sembrano annidarsi anche nelle decisioni in cui il giudizio di prevedibilità si è fondato su concetti come la “sostanza” dell’incriminazione o il “*common sense*”<sup>481</sup>. D’altra parte, non si possono che condividere le critiche che sono state mosse alla soluzione del celebre caso dei *marital rapes* in quanto tutta fondata su di una ritenuta “prevedibilità culturale” del reato in virtù della sua natura “odiosa”<sup>482</sup>. Ancora, una volta individuata la sussistenza di un evidente *overruling* sfavorevole (con una soluzione giudiziale che si poneva al limite dell’analogia rispetto alla formulazione della norma scritta), non si vede per quale motivo la Corte

---

<sup>479</sup> Sulla ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale dei rapporti tra § 1 e § 2 dell’art. 7 Cedu, cfr. le già segnalate considerazioni di E. NICOSIA, *Commento all’art. 7, § 2, cit.*, 2 ss. del dattiloscritto, e O. DI GIOVINE, *Principio di legalità*, cit., 2219 ss.

<sup>480</sup> In particolare, cfr. le importanti affermazioni della sentenza della *Grande Chambre Kononov c. Lettonia*, cit., § 237, nelle quali si afferma che «è vero che il codice penale del 1926 non contiene alcun riferimento al diritto internazionale e alle consuetudini di guerra e che tali norme non erano formalmente pubblicate nell’URSS o nella repubblica lettone. Tuttavia, ciò non è decisivo. (...) Le norme internazionali e le consuetudini di guerra erano nel 1944 sufficienti in quanto tali a fondare una responsabilità penale individuale », così accogliendo una soluzione tutt’altro che pacifica nella stessa dottrina internazionalistica ma autorevolmente sostenuta, a commento della precedente decisione della Corte *Kolk e Kislyiy c. Estonia*, cit., da A. CASSESE, *Balancing the prosecution of crimes against humanity and non-retroactivity of criminal law*, in *Journal of international criminal justice*, 2006, 417, secondo il quale «when only international criminal rules are at stake, or when those rules conflict with national criminal law, the requirements of accessibility and foreseeability may legitimately diminish to the point of fading away». Ed è significativo che, di recente, le *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* (ECCC), nella *Decision on the appeal* del 20 maggio 2010 (non definitiva), proprio in riferimento all’istituto della JCE III, non solo ne abbiano contestato la natura effettivamente consuetudinaria, ma ne abbiano anche ritenuto l’inapplicabilità alla luce del principio di legalità in relazione all’assenza di un qualsiasi tipo di fondamento (*underpinning*) nell’ordinamento interno. Sul punto, cfr. K. GUSTAFSON, *ECCC tackles JCE*, in *Journal of international criminal justice*, 2010, 1323 ss.

<sup>481</sup> Cfr. i precedenti segnalati in sede di premessa *Radio France e a. c. Francia*, cit., § 20; la decisione *Eurofinacom c. Francia*, cit., § 3 della parte motiva in diritto; *Moiseyev c. Russia*, cit., § 241; e *Kuolelis, Bartosevicius e Burokevicius c. Lituania*, cit., § 121. Si comprende, in effetti, come proprio tale giurisprudenza venga salutata con favore da M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., 121, per come volta a ricostruire il “tipo” alla luce del significato di disvalore riconosciuto dal legislatore in una determinata condotta piuttosto che attraverso una descrizione (analitica) della stessa. Tuttavia, tale itinerario pare inevitabilmente destinato ad abbandonare proprio il contenuto liberal-garantistico del principio di legalità che lo stesso Autore riconosce avere tuttora validità teorica e culturale, nel momento in cui espone il singolo a reazioni punitive la cui prevedibilità è rimessa esclusivamente all’apprezzamento giudiziale delle necessità di pena presenti in una comunità, di fatto ribaltandosi la relazione tra garanzia individuale e interesse collettivo che fonda una concezione liberale del principio di riconoscibilità. La stessa sostanziale disapplicazione dell’art. 5 c.p., in effetti, è un significativo sintomo dei rischi implicati in tale ricostruzione (come si vedrà *infra*, Cap. IV, § 2).

<sup>482</sup> Cfr. S. VAN DROOGHENBROEK, *Interprétation jurisprudentielle et non-retroactivité de la loi pénale*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1996, 473 ss., il quale osserva come la Corte appaia sostituire al principio di legalità quello di legittimità delle incriminazioni (come si è osservato, in effetti, la sembra sostanziale di reato appare operare proprio su questi due fronti, essendo parametro di legittimità delle scelte incriminatrici ma potendo anche incidere negativamente sulla garanzia della legalità formale). Nello stesso senso, v. F. SUDRE, *Le principe de la légalité*, cit., 355, e D. ROETS, *La non-retroactivité*, cit., 127. Le stesse perplessità, peraltro, si registrano anche in ambiente di *common law*, se si considerano i termini di C. OSBORNE, *Does the end justify the means? Retrospectivity, article 7, and the marital rape exemption*, in *European human rights law review*, 1996, 406 ss.. Diversa, e per quanto detto non pienamente condivisibile, la prospettiva tracciata da E. CLAES, *La légalité criminelle au regard des droits de l’homme et du respect de la dignité humaine*, in Aa. Vv., a cura di, *Les droits de l’homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2007, 231 ss., secondo il quale anche l’idea di prevedibilità dell’interpretazione “culturalmente” (o “moralmente”) orientata accolta dalla Corte europea è comunque compatibile con la sicurezza giuridica alla luce del concetto di dignità umana, che presuppone la condivisione di uno spazio di valori condivisi.

abbia dovuto “giustificare” la ritenuta violazione dell’art. 7 Cedu, come avvenuto nel caso *Pessino*, riferendosi altresì alla “artificialità” del reato<sup>483</sup>. Affiora, in effetti, anche in riferimento a fattispecie previste nel diritto interno (e che niente hanno a che vedere con le logiche fondanti il discusso § 2 dell’art. 7 Cedu), un’eccessiva esposizione del sindacato di Strasburgo alle contro-esigenze di giustizia sostanziale volte a bilanciare la garanzia offerta dal principio di legalità che, in alcune occasioni, è affiorata addirittura in sede di enucleazione dei *principes généraux* relativi all’art. 7 Cedu, se si considerano i termini in cui la Corte ha affermato che «avendo riguardo allo scopo della Convenzione che è quello di proteggere diritti concreti ed effettivi, ella (*la Corte*) potrà anche prendere in considerazione il rispetto di un equilibrio tra l’interesse generale e i diritti fondamentali dell’individuo così come le concezioni prevalenti nell’epoca attuale negli Stati democratici»<sup>484</sup>. Si tratta di una formula ricorrente rispetto ad altre disposizioni della Convenzione, ed in particolare nell’ambito dello scrutinio di “necessità in una società democratica”, ambigualmente riproposta in riferimento all’art. 7 Cedu; in effetti, sembra che alla Corte sia “sfuggita” un’ammissione esplicita di talune inclinazioni ad un bilanciamento della stessa garanzia di irretroattività (appunto, riferendosi a termini utilizzati solitamente nel giudizio di proporzione)<sup>485</sup>. Ora, se è vero che i principi sono per definizione suscettibili di bilanciamento, rispetto alla legalità penale questa necessità appare già ampiamente soddisfatta (in modo storicamente non esente da critiche) dal § 2 dell’art. 7 Cedu, ed ogni ulteriore concessione alle logiche di giustizia sostanziale appare inaccettabile, se non altro, alla luce dell’art. 15 Cedu, che iscrive la garanzia nel c.d. “nocciolo duro” dei diritti fondamentali<sup>486</sup>.

Le considerazioni svolte in chiave dogmatica circa la natura del vizio di riconoscibilità “formale” rendono ben evidente, in effetti, come un dato attinente alla colpevolezza – ossia l’eventuale precomprensione del soggetto circa il disvalore sociale della propria condotta – non possa in alcun caso recuperare quello che costituisce “a monte” un difetto di tipicità oggettiva. E tale soluzione è del tutto coerente con la dimensione liberal-garantistica accordata al principio di riconoscibilità (v. *supra*, § 3.2) – oltre che con il significato processuale dello stesso come condizione imprescindibile

---

<sup>483</sup> Cfr. i già segnalati termini della sentenza *Pessino c. Francia*, cit., § 36.

<sup>484</sup> In questi termini, *Coëme e a. c. Belgio*, cit., § 145, e la prima sentenza *Achour c. Francia*, cit., § 34 (in effetti, è significativo che tale affermazione non sia riproposta nella successiva pronuncia della *Grande Chambre*).

<sup>485</sup> Peraltro, nello stesso senso possono essere letti anche i termini delle sentenze *S.W. c. Regno Unito*, cit., § 44, e *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, cit., § 86, nelle quali nella valutazione di riconoscibilità vengono fatte confluire considerazioni attinenti agli scopi della Convenzione di garantire la dignità e la vita umana.

<sup>486</sup> Proprio in relazione al caso dei *marital rapes*, in effetti, osserva M. VOGLIOTTI, *Penser l’impensable*, cit., 376, come di fatto la Corte europea giunga ad operare un bilanciamento tra l’esigenza di legalità e quella dell’interesse pubblico, rinviando in sostanza ad una dimensione equitativa del giudizio, mentre una supremazia accordata alle garanzie dell’imputato avrebbe condotto inesorabilmente ad una decisione diversa. Il punto è che proprio tale supremazia appare imposta anche in ambito convenzionale, cosicché anche la “prudenza” e il “rigore” invocati dall’Autore non appaiono correttivi sufficienti rispetto all’apertura a soluzioni come quelle che hanno caratterizzato le sentenze contro il Regno Unito.

per il pieno esercizio del diritto di difesa (v. *supra*, § 3.1) – che non può cedere di fronte alle esigenze di difesa sociale essendo, come puntualmente osservato da Palazzo, «espressione di una “filosofia” secondo la quale è preferibile garantire all’individuo una sfera di intangibile libertà, più di quanto possa apparire necessario sacrificare in certi casi i diritti individuali al “bene comune”»<sup>487</sup>. L’alternativa è un’inaccettabile concezione eticizzante che «in chiave di legalismo etico o di etica legalistica» conduce al sacrificio di ogni garanzia formale in nome di contro-esigenze di tutela<sup>488</sup>, le quali appaiono guadagnare sempre più spazio nella giurisprudenza più recente della Corte europea nella prospettiva vittimo-centrica rappresentata dal filone sugli obblighi positivi di tutela (v. *supra*, Cap. I, § 4.1)<sup>489</sup>. Il riferimento al “diritto internazionale” contenuto nell’art. 7 Cedu, infatti, potrebbe essere chiamato in causa anche di fronte ad un’improvvisa e più rigorosa interpretazione della disciplina penale da parte di un giudice nazionale in adempimento di tali richieste di penalizzazione – sollecitata di recente anche da alcuni settori della dottrina italiana<sup>490</sup> –, permettendo alla Corte di riconoscere soddisfatti i requisiti di accessibilità e prevedibilità proprio in ragione della propria giurisprudenza. A fronte di siffatto ribaltamento di prospettiva da parte della stessa giurisdizione che dovrebbe essere chiamata a tutelare e promuovere i diritti del singolo (ossia, in materia penale, del reo) a prescindere dalle considerazioni di politica criminale, già sopravvalutate dalle parallele richieste di penalizzazione di origine comunitaria (v. *supra*, Cap. I, § 2.1), il rischio di un indebito arretramento delle garanzie è concreto.

Così, se l’opinione di chi ha salutato con favore la giurisprudenza sugli obblighi di tutela penale appare dettata soprattutto da un’aperta polemica con le scelte legislative e tendente soprattutto a discutere i limiti “politici” rappresentati dal corollario della riserva di legge<sup>491</sup>, anche in tale

---

<sup>487</sup> In questi efficaci termini, F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 183. E lo stesso Autore, di recente, rileggendo il divieto di analogia ridimensionandone l’aggancio ad una “mitologia legalitaria” volta a limitare l’attività creativa del giudice, osserva come il senso profondo dell’argine del linguaggio (o, nella prospettiva della presente ricerca, del volto “formale” della riconoscibilità) sia quello di resistere all’inarrestabile bisogno di tutela, funzione imprescindibile in un diritto penale autenticamente liberale.

<sup>488</sup> In questi termini D. PULITANÒ, *L’errore di diritto*, cit., 139, che, in riferimento alla riflessione di Mayer, osserva come la contrarietà a norme di civiltà o moralità non possa logicamente e storicamente assumersi a caratteristica definitoria dell’illecito penale e, conseguentemente, la coscienza della contrarietà a *Kulturnormen* non può assumersi a condizione costitutiva del giudizio di colpevolezza, dovendo la contraddizione con norme extragiuridiche rimanere estranea tanto alla struttura delle fattispecie quando a quella dell’elemento soggettivo. Nello stesso senso, cfr. anche le considerazioni di F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 110 ss. e ID., *Ignorantia legis*, cit., 943.

<sup>489</sup> Cfr. da ultimo, sul punto, V. VALENTINI, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistematico dell’attuale giustizia penale europea*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, 97 ss..

<sup>490</sup> Cfr., in particolare, F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l’interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in P. Corso-E. Zanetti, a cura di, *Studi in onore di Mario Pisani*, II, Celt, Padova, 2010, 617 ss. ed in particolare 667 ss., in cui, ad esempio, si suggerisce (oltre all’interpretazione estensiva di determinate fattispecie in virtù dei vincoli comunitari) l’interpretazione restrittiva della clausola esimente di cui al riformato art. 52 c.p. in adempimento degli obblighi di tutela penale del diritto alla vita protetto dall’art. 2 Cedu elaborati nella giurisprudenza della Corte europea.

<sup>491</sup> Cfr. ancora F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, e ID., *L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli,

prospettiva non dovrebbe essere scalfita la “sicurezza giuridica” dell’individuo a fronte di ogni ampliamento dell’area penalmente rilevante, a prescindere dal fatto che questo prenda forma attraverso una declaratoria di illegittimità costituzionale o mediante interpretazione conforme, poiché in entrambi i casi si verrebbe a delineare un identico problema di riconoscibilità<sup>492</sup>. Dopotutto, se una riforma legislativa volta a colmare lacune di tutela (eventualmente in adempimento di obblighi di penalizzazione sovranazionali, convenzionali o comunitari) non può certamente avere effetti retroattivi, non si vede come tale limite potrebbe essere aggirato da analogo intervento in via interpretativa, una volta superato il dogma della natura “dichiarativa” del precedente giurisprudenziale<sup>493</sup>.

In definitiva, ogni concezione “sostanziale” di reato non sembra poter rimediare in alcun modo a vizi di riconoscibilità “formale” (quindi, di tipicità) della norma al momento della commissione del fatto. Eventualmente, una considerazione della “neutralità” culturale o lesiva di talune incriminazioni potrebbe avvalorare le ricostruzioni dottrinali volte a limitare i rigori della *Schuldtheorie* rispetto a determinati illeciti a “condotta neutra”, dovendo allora proprio la coscienza (e non la mera conoscibilità) dell’antigiuridicità rappresentare lo scarto tra l’imputazione dolosa e quella colposa<sup>494</sup>. Ancorché la Corte europea non si sia mai sbilanciata in questo senso<sup>495</sup>, una nuova prospettiva potrebbe essere aperta proprio dal riconoscimento della necessità di un “*lien moral*” nella sentenza *Sud Fondi*<sup>496</sup>. Ed anche rispetto alla sfera del diritto penale contravvenzionale o amministrativo – in cui si ritiene solitamente che l’imputazione indifferente a titolo doloso o

---

2011, 2696 ss.. In proposito, guardando specificamente alla vicenda della caserma di Bolzaneto durante il G8 di Genova, v. anche A. COLELLA, *C’è un giudice a Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009.

<sup>492</sup> Lo stesso F. VIGANÒ, *L’arbitrio del non punire*, cit., 2679, chiarisce la necessaria irretroattività di un’eventuale pronuncia costituzionale che dovesse ridurre i margini di operatività di una causa di giustificazione. Ebbene, tale soluzione non potrebbe che valere rispetto ad un’interpretazione conforme che dovesse estendere il raggio di applicazione di una norma penale in adempimento di tale richieste di penalizzazione. In effetti, ragionare sui limiti dell’interpretazione conforme rispetto al divieto di analogia concerne per lo più la stessa ammissibilità dell’itinerario ermeneutico alla luce del principio di riserva di legge (v. *supra*, § 4.2), ma ciò che conta è che anche un’interpretazione non analogica ma estensiva troverebbe un ostacolo nella sua applicazione retroattiva proprio nel principio di riconoscibilità (in questo senso, come si è visto, la Corte europea tende ad equiparare le due tecniche interpretative).

<sup>493</sup> Come nota E. GRANDE, *La sentenza n. 364/1988*, cit., 427, anche se un legislatore non avesse stabilito la punibilità di un delitto naturale, la prevedibilità dell’agente circa l’illiceità del fatto posto in essere, derivata dal disvalore sociale dello stesso, non potrebbe avere alcuna rilevanza rispetto ad una condanna, e l’equiparazione tra legge e giudice non può che condurre alla medesima soluzione quando la soluzione sfavorevole sia dovuta ad un mutamento giurisprudenziale. Significativo, in proposito, risulta il fatto che, pur aprendo alla possibilità di punizione retroattiva di gravi crimini contrari a principi di civiltà, lo stesso G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, 300 ss., osservi come ciò non possa avvenire che per via legislativa e democratica, piuttosto che mediante l’intervento della giurisprudenza, alla quale affidare il compito di individuare i crimini intollerabilmente ingiusti.

<sup>494</sup> Sul punto, cfr. la nota riflessione di M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., *passim*.

<sup>495</sup> La quale, come più volte sottolineato, ha considerato tale profilo ad integrazione delle conclusioni circa l’imprevedibilità “formale” della norma penale, ma non ha mai suggerito la possibilità di ritenere violato l’art. 7 Cedu in presenza di un illecito chiaramente formulato e uniformemente interpretato dalla giurisprudenza solo perché di scarso significato culturale-offensivo.

<sup>496</sup> Cfr. *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, cit., § 116.

colposo sdrammatizzi il problema della mancata coscienza dell'antigiuridicità in capo all'agente<sup>497</sup> – il riconoscimento di una colpevolezza in termini essenzialmente psicologici potrebbe autorizzare la formulazione di un giudizio di irricoscibilità di un illecito, ancorché chiaramente definito e uniformemente applicato, in ragione del suo contenuto esangue: dopotutto, si tratta di una via indicata dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1988<sup>498</sup>. Senza con ciò riproporre rigide contrapposizioni tra delitti “naturalisti” e “artificiali” risalenti alla polemica tra Lange e Welzel<sup>499</sup>, improponibili al confronto di una concezione ampia di “materia penale”, si potrebbe piuttosto prendere atto che, in ogni settore caratterizzato dall'intervento punitivo, vi possono essere singoli precetti irricoscibili a causa della loro scarsa significatività – e che, quindi, anche nei settori maggiormente “artificiali” della penalità e più caratterizzati da una prospettiva generalpreventiva, non dovrebbero avere dignità illeciti “di autentica e pura creazione legislativa”<sup>500</sup> – potendo in tal modo rinvenire nei risvolti “sostanziali” del principio di legalità tracce del “grande assente” nella giurisprudenza di Strasburgo, ossia il principio di offensività.

---

<sup>497</sup> In questo senso, M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 326 ss., e F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, cit., 233.

<sup>498</sup> Al § 28 della sentenza n. 364/1988, si legge: «inevitabile si palesa anche l'errore sul divieto nell'ipotesi in cui, in relazione a reati sforniti di disvalore sociale è, per l'agente, socializzato oppure no, oggettivamente imprevedibile l'illiceità del fatto». Significativo che si specifichi come tale valutazione possa prescindere da ogni accertamento personalistico sulla socializzazione dell'agente e, quindi, si possa fondare solo su di una misura “oggettiva” di inevitabilità.

<sup>499</sup> Come noto, R. LANGE, *Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre. Zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff bei den Zuwiderhandlungen*, in *JZ*, 1956, 73 ss., riprendendo le tesi della distinzione qualitativa tra diritto penale e diritto penale amministrativo (cfr. *supra*, Cap. II, § 3) proponeva una disciplina differenziata volta a richiedere la coscienza dell'antigiuridicità ai fini dell'imputazione dolosa nel secondo settore, proposta alla quale replicava criticamente H. WELZEL, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, in *JZ*, 1956, 238 ss.. Come nota M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 56 ss., la critica di Welzel coglieva nel segno soprattutto nel momento in cui ravvisava nella posizione di Lange un eccessivo affidamento in distinzioni qualitative nette tra “crimini” e “trasgressioni” cui far corrispondere una duplicità di discipline generali.

<sup>500</sup> Come osserva D. PULITANÒ, *Errore di diritto*, cit., 59 s. e 147, parlare di “reati di mera creazione legislativa” risulta equivoco nel momento in cui «se è vero che ogni norma ha radice in un dato contesto storico-sociale, ed è posta dal legislatore in vista di scopi da realizzare in quel contesto, allora deve essere possibile assegnare ad ogni norma una sua funzione ed un suo oggetto di tutela, con riferimento ad una materia preesistente». Formulata in termini così generali, tale affermazione appare del tutto recepitabile anche nel settore del diritto penale amministrativo, così da valorizzare quella soluzione suggerita proprio dalla Corte costituzionale.

## Capitolo IV

### **Lo stato del recepimento delle indicazioni di Strasburgo nell'ordinamento italiano e nel diritto penale dell'Unione europea.**

#### **1. Rilievi introduttivi.**

In questo capitolo conclusivo si intenderà verificare lo stato di recepimento, nell'ordinamento interno e nel neonato diritto penale dell'Unione europea, delle due fondamentali indicazioni che sono emerse dall'analisi critica della giurisprudenza sull'art. 7 Cedu, ossia la necessaria estensione della sfera applicativa della legalità, come principio sovralegislativo, ad ogni settore dell'ordinamento caratterizzato da una reazione punitiva ad un illecito e la doverosa considerazione di elementi ulteriori rispetto alla data di entrata in vigore della norma positiva o alla determinatezza della stessa. Per ciò che concerne quest'ultimo aspetto, in particolare, si dovrà osservare soprattutto in qual misura ed in che modo (da un punto di vista dogmatico) risulti valorizzato il formante giurisprudenziale nel giudizio di "riconoscibilità" della norma penale, nella consapevolezza che è ancora difficilmente percorribile una valorizzazione dell'"artificialità" dell'illecito come causa "obiettiva" di irricognoscibilità<sup>501</sup> e, pertanto, limitando l'indagine alla considerazione della reciproca incidenza delle concezioni "sostanziali" del reato (ossia le affermazioni di un intrinseco "disvalore sociale" dell'azione) sull'applicazione dell'art. 5 c.p. (avendone valutato già criticamente la portata nella giurisprudenza di Strasburgo *supra*, Cap. III, § 4.3).

Esigenze di linearità della trattazione suggeriscono di invertire l'ordine seguito nell'analisi della giurisprudenza di Strasburgo e di muovere proprio da queste ultime tematiche, ossia dall'effettiva traduzione della "legalità" come "riconoscibilità" negli ordinamenti italiano ed europeo (Sezione I), al fine di valutarne, in seconda battuta, l'estensione c.d. "orizzontale" rispetto alle articolazioni del sistema che presentano un, esclusivo o prevalente, contenuto punitivo (Sezione II). Ancora in chiave preliminare, si deve sottolineare che il rango costituzionale "interposto" accordato alla giurisprudenza della Corte europea rende il recepimento delle suddette indicazioni non solo opportuno, bensì oramai doveroso laddove possibile attraverso un'interpretazione conforme ovvero, altrimenti, mediante intervento legislativo o della Corte costituzionale (sulla "giustiziabilità" delle garanzie convenzionali, v. *supra*, Cap. I, § 3.2). Un'apprezzabile implementazione dello statuto

---

<sup>501</sup> Soluzione che, come detto, è suggerita dai termini dalla Corte costituzionale ma non trova un vero riscontro nella giurisprudenza della Corte europea. Eppure, proprio questo organismo potrebbe farsi carico di un tal sindacato che, invero, è difficile demandare al giudice ordinario, che si vedrebbe così attribuito una sorta di potere di censura diffusa sull'incoerenza della legislazione al principio di offensività effettivamente incontrollabile.

garantistico della legalità penale, in effetti, non può prescindere da un fattivo coinvolgimento degli operatori giuridici nazionali ed europei (a livello di legislazione, giurisprudenza e dottrina), poiché solo in questo modo la giurisprudenza della Corte europea può fare quel “salto di qualità” rispetto alla dimensione episodica del ricorso individuale richiesto dalle sentenze “gemelle” del 2007. In questo senso, le indicazioni di principio sinora esaminate dovrebbero essere sviluppate anche superando certi timori dei giudici di Strasburgo evidenti, ad esempio, nell’esiguità delle declaratorie di “imprevedibilità” della legge penale o nel persistente disconoscimento dei tratti punitivi delle misure di prevenzione antimafia.

## ***Sezione I – Il “volto attuale” della legalità come riconoscibilità nell’ordinamento italiano.***

### ***2. Legalità e diritto “vivente”: il problema della c.d. “retroattività occulta” dell’overruling sfavorevole.***

Anche nella letteratura italiana si registra oramai una certa consapevolezza dei problemi di retroattività “occulta” implicati nei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli i quali, ciò nonostante, tuttora non trovano nell’ordinamento una soluzione capace di prescindere dalla “finzione” dell’errore di diritto scusante derivata dall’altrettanto artificiosa teoria del precedente meramente dichiarativo. In effetti, nonostante la dottrina penalistica tenda oramai a riconoscere il ruolo fisiologico della mediazione giudiziale sulla concreta manifestazione della norma<sup>502</sup> – al di là di alcune incertezze terminologiche legate ad un uso promiscuo del concetto di “ruolo creativo” della giurisprudenza<sup>503</sup> – e che nell’ordinamento, in particolare nelle recenti riforme del codice di

---

<sup>502</sup> Cfr. M. DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un “nuovo” ruolo della Corte di cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. pen.*, 2002, 1175 ss.; G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro. It.*, 2000, V, 140 ss.; ID., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss.; ID., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 1722 ss.; F.C. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell’interpretazione penalistica*, in C.E. Paliero-E. Dolcini, a cura di, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, 515 ss.; O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2006, 295 ss.; ID., *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, 2241 ss.. In senso contrario, tuttavia, cfr. le considerazioni polemiche di G. MARINUCCI, *L’analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1254 ss., volte a recuperare, anche alla luce di una ricostruzione storica del dibattito nella letteratura tedesca sull’abolizione del divieto di analogia, il significato del vincolo del giudice penale alla legge scritta. In effetti, tale prospettiva tende soprattutto ad insistere sul profilo storico del principio di legalità e sul suo fondamento democratico, mentre in questa sede si intende individuare soprattutto i limiti liberal-garantistici che dovrebbero presidiare anche un sistema nel quale si trovi ad essere accentuata, appunto, la natura creativa dell’interpretazione giudiziale.

<sup>503</sup> Se per “creazione”, contrapposta al concetto di “interpretazione”, si volesse intendere la possibilità per il giudice di uscire dai binari tracciati dalla fonte positiva, tale potere si dovrebbe evidentemente ritenere precluso in materia penale (pur con le relative complessità di valutazione segnalate *supra*, Cap. III, § 4.2). In questa sede, tuttavia, il ruolo “creativo” del diritto giudiziale è stato inteso con riferimento a quell’opera di specificazione e concretizzazione della norma posta in essere dalla giurisprudenza rispetto alla pluralità di interpretazioni possibili di una data disposizione

procedura civile, si sia assistito ad un progressivo riconoscimento anche da parte del legislatore del valore del diritto “vivente”<sup>504</sup>, non esiste una disposizione specificamente penalistica capace di declinare rispetto a tale fenomeno le istanze dettate dal principio di legalità. Eppure, proprio le riforme del codice di rito civile – che presuppongono effettivamente una compatibilità della *judicial law* con l’art. 101 Cost. – dimostrano come l’introduzione di una disciplina volta a tutelare l’affidamento dei consociati nella costanza degli orientamenti giurisprudenziali non sarebbe di per sé contraria al canone costituzionale della riserva di legge o, più in generale, a quello di soggezione del giudice al diritto positivo. Senza per questo evocare dinamiche di convergenza tra *civil law* e *common law*<sup>505</sup>, i tempi appaiono, tuttavia, maturi per l’introduzione anche nella legislazione penale di una disciplina costruita sul modello del *prospective overruling* statunitense, soluzione sostanzialmente individuata dalla giurisprudenza di Strasburgo (v. diffusamente *supra*, Cap. III, § 4.2) e al quale guarda con sempre maggior interesse la letteratura italiana<sup>506</sup>.

---

(anche se determinata), così come tale termine viene frequentemente utilizzato nella dottrina civilistica (ad esempio, cfr. R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 280), mentre in quella penalistica si palesano tuttora (anche comprensibilmente, stante la maggior pregnanza che assume il divieto di analogia nel settore criminale) maggiori resistenze ad associare la stessa idea di “creazione” alla *judicial law*.

<sup>504</sup> Diverse norme del codice di procedura civile presuppongono il riconoscimento di un ruolo normativo della giurisprudenza, tentando così di affermare una sorta di efficacia vincolante del precedente della Corte di cassazione e, in particolare, dalle Sezioni Unite. La disposizione più importante, in questo senso, è sicuramente rappresentata dall’art. 374 c.p.c., il quale impone alle sezioni semplici della Suprema Corte di rimettere alle Sezioni Unite l’eventuale disaccordo sui principi di diritto enunciati da queste ultime. Ma si pensi anche alla nuova formulazione dell’art. 384 c.p.c., il quale permette alla Corte di cassazione di enunciare il principio di diritto non soltanto quando decide un ricorso proposto per violazione o falsa applicazione di norme di diritto (come prima avveniva) ma anche in ogni altra ipotesi in cui, decidendo su altri motivi del ricorso, risolve una questione di diritto di particolare rilevanza. Ed è significativo che nei casi di falsa applicazione delle norme di diritto, l’art. 360 c.p.c. impone a pena di inammissibilità la formulazione di un quesito di diritto, al fine di rendere più facile l’enucleazione del principio da parte della Suprema Corte. Ancora, l’art. 363 c.p.c. consente che tale principio di diritto possa essere enunciato dalla Corte d’ufficio anche in caso di inammissibilità del ricorso, se ciò si rivela di particolare importanza. Tutte queste disposizioni rivelano l’intento di valorizzare la funzione nomofilattica del giudice di legittimità (già contemplata dall’art. 65 della legge sull’ordinamento giudiziario) aumentando le possibilità per lo stesso di “fare precedente” mediante l’enucleazione di principi di diritto. Si noti, peraltro, che tale processo di riforma è stato ritenuto da autorevole dottrina sostanzialmente controproducente, essendo l’efficacia dell’opera nomofilattica collegata soprattutto all’esiguità di decisioni “di principio”; in questo senso, cfr. M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in L. Mezzetti-E. Ferrer Mac-Gregor, a cura di, *Diritto processuale costituzionale*, Cedam, Padova, 2010, 512.

<sup>505</sup> Osservano, in particolare, U. MATTEI-L. PES, *Civil law e common law: verso una convergenza?*, in M. Vogliotti, a cura di, *Il tramonto della modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2009, 191 ss., come proprio dal punto di vista della concezione della produzione giuridica siano ancora fortemente distanti i due modelli. E, d’altra parte, come si vedrà a breve, l’istituto del *prospective overruling* non si può considerare una vera “costante” del mondo di *common law*, soprattutto in materia penale.

<sup>506</sup> Cfr. le aperture in questo senso di F.C. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quad. fiorentini*, 2007, 1327; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, 2° ed., Giappichelli, Torino, 2007, XX ss. e 315 ss.; S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in U. Vincenti, a cura di, *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso*, Cedam, Padova, 2000, 254 ss. (ancorché si preferisca evitare un riferimento diretto all’istituto anglosassone); S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, Cedam, Padova, 1999, 332; A. BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una "nuova frontiera" del processo di "europeizzazione" del diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2007, 2202 ss.; S. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, 4 ed., XIV, Utet, Torino, 1999, 112. Il problema dell’irretroattività dell’*overruling*, peraltro, è ben noto anche alla dottrina tedesca, il cui interesse è stato suscitato dalle vicende dei c.d.

Evidentemente, tale rimedio sconterebbe la difficoltà di dover considerare una complessa pluralità di ipotesi dai contorni piuttosto sfumati; nondimeno, non si vede il motivo per cui, ad esempio, non possa essere disciplinata l'irretroattività della risoluzione da parte delle Sezioni Unite di un contrasto giurisprudenziale nel senso più rigoroso<sup>507</sup>, così come quella del succedersi diacronico di opzioni ermeneutiche (a prescindere dal tipo di autorità) tale da comportare un'evidente creazione di nuove (sotto)fattispecie di reato<sup>508</sup>. Analoghi vizi di riconoscibilità, peraltro, si annidano negli stessi (e più frequenti) contrasti sincronici e, in particolare, nelle decisioni che, alimentandoli, adottano la soluzione deteriore per l'imputato (in questo senso, i conflitti sincronici non sono altro che un susseguirsi di conflitti diacronici), fenomeno questo doppiamente patologico dato che in questi casi si renderebbe opportuna proprio una rimessione del "dissenso" alle (giurisdizioni superiori ed infine alle) Sezioni Unite piuttosto che l'insistenza in un intollerabile "dialogo mediante provvedimenti"<sup>509</sup>. Dopotutto, se sull'applicazione di una fattispecie si registrano esitazioni in seno alla stessa giurisprudenza di legittimità, come può questa ritenersi certa rispetto al suo destinatario? E senza giungere paradossalmente a subordinare l'efficacia di una disposizione legislativa all'intervento di una pronuncia da parte del giudice di legittimità che ne dia una prima interpretazione "qualificata", non si potrebbe ignorare, infine, la problematica rappresentata dai casi di c.d. *first impression* (si pensi proprio ai fatti da cui traeva origine la

---

*Promillefälle* (ossia dell'abbassamento, a più riprese, da parte della giurisprudenza della soglia "per mille" rilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie di guida in stato di ebbrezza) su cui cfr., in particolare, W. NAUCKE, *Rückwirkende Senkung der Promillegrenze und Rückwirkungsverbot*, in *NJW*, 1968, 2321 ss., il quale già sottolineava come ogni posizione sulla natura processuale del limite fosse insostenibile soprattutto a fronte dei problemi di tipicità implicati da tale evoluzione giurisprudenziale. Più di recente, a seguito dell'ulteriore abbassamento della soglia, cfr. le considerazioni di U. NEUMANN, *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, in *ZStW*, 1991, 331 ss..

<sup>507</sup> Tale situazione è alquanto ricorrente anche nella giurisprudenza delle Sezioni Unite più recente, nella quale si può osservare una certa inclinazione alla risoluzione *in malam partem* dei contrasti interpretativi. Cfr., ad esempio, le sentenze Cass., Sez. Un., 3 marzo 2010, n. 12433, con la quale è stato ritenuto ammissibile il dolo eventuale in riferimento al delitto di ricettazione; Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2010, n. 15208, con cui il reato di corruzione in atti giudiziari è stato ritenuto integrato anche nella forma c.d. "susseguente"; Cass., Sez. Un., 26 novembre 2009, n. 24468, con la quale il delitto di violazione di sigilli di cui all'art. 349 c.p. è stato applicato anche in un caso in cui l'unico scopo dell'apposizione dei sigilli era quello di impedire l'utilizzo del bene. Nota M. VOGLIOTTI, *Penser l'impensable: le principe de la non-rétroactivité du jugement pénal in malam partem. La perspective italienne*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2003, 337, come solo un'insostenibile concezione del precedente meramente dichiarativo (anche di quello "autorevolissimo" delle Sezioni Unite) possa permettere la retroattività della soluzione individuata in questi casi. Ed è significativo notare come anche la dottrina che ha proposto un'efficacia (relativamente) vincolante del precedente in materia penale, così da limitare a monte la possibilità del verificarsi di una situazione di incertezza dovuta ad un contrasto giurisprudenziale, rinvii alla soluzione del *prospective overruling* come correttivo rispetto alla (sola) consentita ipotesi di mutamento interpretativo *in malam partem* da parte delle Sezioni Unite; in questo senso, cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 315 ss..

<sup>508</sup> Cfr. le esemplificative vicende già segnalate da A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 95 ss..

<sup>509</sup> Come lo definisce efficacemente, criticando tale prassi giudiziaria, V. ZAGREBELSKY, *Dalla varietà delle opinioni all'unità della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 1988, 1577, il quale osserva come «i contrasti interpretativi hanno trovato nella Cassazione una occasione di legittimazione, piuttosto che la sede di risoluzione», fenomeno a cui ha fatto riscontro una sottovalutazione dei costi in termini di disuguaglianza dei cittadini davanti alla legge e un sacrificio di quell'esigenza di riconoscibilità consacrata dalla sentenza C. cost. n. 364/1988. Basti rinviare, in proposito, alle vicende descritte nella ricerca, anche se non più recente, di A. ESPOSITO-G. ROMEO, *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione*, Cedam, Padova, 1995, e richiamate da A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 74 s..

sentenza *Pessino c. Francia*), vicenda che mostra come la stessa nozione di *overruling* (nella sua distinzione rispetto alla declinazione della norma rispetto al caso concreto) dipenda essenzialmente da complesse valutazioni di natura quantitativa (*o flou*)<sup>510</sup>.

In effetti, tenendo conto che una disciplina positiva potrebbe essere gradualmente introdotta proprio muovendo dalle ipotesi più “facili”, questa non dovrebbe essere realisticamente chiamata a regolare analiticamente una realtà così frastagliata, quanto piuttosto a fornire l’appiglio normativo per consentire ai giudici di dichiarare una certa interpretazione, ancorché legittima, inapplicabile al caso concreto, magari richiamando proprio quel criterio (per quanto valutativo o di natura quantitativa) di “prevedibilità” oramai filtrato anche nel lessico nazionale, così superando la soluzione artificiosa dell’errore scusante. Ed i vantaggi di tale ribaltamento di prospettiva non appaiono affatto esaurirsi sul piano della coerenza sistematica dato che l’inquadramento della problematica nell’ambito della tipicità, piuttosto che della colpevolezza, pare foriero di ricadute positive sotto diversi profili.

Si è già notato, anzitutto, come tale soluzione renderebbe maggiormente evidente l’irrelevanza di ogni precomprensione da parte dell’agente in ordine al disvalore della propria azione e, quindi, di ogni ragione di tutela sostanziale che possa determinare la sua condanna in applicazione di un’interpretazione del tutto nuova. Se tale profilo è stato esaminato criticamente rispetto alla giurisprudenza della Corte europea (*supra*, Cap. III, § 4.3), si può notare che la sostanziale disapplicazione dell’art. 5 c.p. da parte della giurisprudenza – soprattutto per quel che concerne i fattori obiettivi di irriconeoscibilità, mentre si registrano maggiori aperture rispetto a quelli personalistici<sup>511</sup> – sembra proprio derivare da una sopravvalutazione delle esigenze di difesa sociale rispetto a quelle di garanzia del singolo<sup>512</sup>. Tale inclinazione, malcelata nelle ricorrenti affermazioni

---

<sup>510</sup> È evidente proprio rispetto al problema della *first impression* (ossia dell’applicazione di una norma ad una situazione concreta per la prima volta affacciata nella casistica) che la distinzione tra creazione/applicazione non si risolve in una rigida contrapposizione dicotomica, ma dipende essenzialmente dal grado di lontananza della soluzione adottata rispetto al precedente quadro normativo (scritto o giurisprudenziale), come osserva sempre puntualmente M. VOGLIOTTI, *Penser l’impensable*, cit., 359 ss.. In questo senso, si è già precedentemente osservato come la “bontà” dei canoni di “accessibilità” e “prevedibilità” enucleati nella giurisprudenza di Strasburgo risieda essenzialmente nel non risolversi in una mera enunciazione di un divieto di retroattività dell’*overruling* e nell’offrirsi anche come strumenti per “misurare” la distanza (appunto in un’ottica essenzialmente quantitativa) della soluzione concreta rispetto alla normativa rilevante (v. *supra*, Cap. III, § 2.2).

<sup>511</sup> Effettivamente, proprio il fenomeno dell’immigrazione appare fondare di recente una certa valorizzazione dell’art. 5 c.p.; cfr., in proposito, le considerazioni e la casistica richiamata da D. PULITANÒ, *Art. 5 c.p.*, in A. Crespi-G. Forti-G. Zuccalà, a cura di, *Commentario breve al codice penale*, 5° ed., Cedam, Padova, 2008, 31. In proposito, si può altresì notare una certa ricorrenza dell’affermazione secondo la quale «l’ignoranza inevitabile della legge, secondo la stessa sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, vale soprattutto per chi versa in situazioni soggettive di sicura inferiorità» quando, al contrario, la Corte costituzionale si soffermava soprattutto sui profili obiettivi di irriconeoscibilità della legge penale e liquidava in poche righe il problema della scarsa socializzazione (come osservato *supra*, Cap. III, § 4.1).

<sup>512</sup> A parte la prevedibile totale assenza di applicazioni dell’art. 5 c.p. in caso di obiettiva irriconeoscibilità “sostanziale” della norma in relazione allo scarso disvalore sociale della condotta vietata (ipotesi pur suggerita dalla Corte costituzionale, v. *supra*, Cap. III, § 4.3), rimangono isolate anche le applicazioni in caso di conflitti giurisprudenziali

della Corte di cassazione – secondo le quali «in caso di giurisprudenza non conforme o di oscurità del dettato normativo sulla regola di condotta da seguire non é possibile invocare la condizione soggettiva di ignoranza inevitabile, atteso che in caso di dubbio si determina l'obbligo di astensione dall'intervento» ovvero «per l'affermazione della scusabilità dell'ignoranza, occorre che da un comportamento positivo degli organi amministrativi o da un complessivo pacifico orientamento giurisprudenziale, l'agente abbia tratto il convincimento della correttezza dell'interpretazione normativa e, conseguentemente, della liceità del comportamento tenuto» (termini che, di fatto, rinviano alla c.d. teoria del *thin ice*)<sup>513</sup> –, si manifesta chiaramente allorché la Corte medesima suggerisce l'applicabilità dell'art. 5 c.p. in caso di vizi “formali” di riconoscibilità nelle sole ipotesi di reati di “mera creazione legislativa”<sup>514</sup>, in questo modo tradendo l'insegnamento della Corte costituzionale il cui riferimento al “disvalore sociale” era considerato in maniera nettamente distinta e finalizzato alla valutazione della rilevanza delle cause soggettive dell'errore di diritto, oltre che ad ammettere un'ulteriore causa di (obiettiva) irricognoscibilità del precetto<sup>515</sup>.

Una disciplina specifica sull'irretroattività della soluzione giudiziale “imprevedibile”, allora, contribuirebbe a chiarire l'impossibilità di ogni recupero del difetto di tipicità rappresentato da una giurisprudenza caotica attraverso un giudizio di rimprovero personalistico derivato dal disvalore sociale della condotta tenuta il quale ha finito per rendere l'applicazione dell'art. 5 c.p., di fatto,

---

sincronici. Sul punto, cfr. l'analisi critica di M. VOGLIOTTI, *Penser l'impensable*, cit., 351 ss., il quale osserva come, accanto ad alcune applicazioni dell'art. 5 c.p. nella giurisprudenza di merito (tra cui un caso significativo di *first impression*), nella giurisprudenza di legittimità tale soluzione sia stata accolta esclusivamente nelle sentenze Cass., 4 marzo 1992, in *Cass. pen.*, 1993, 1721 ss.; Cass., 23 aprile 1996, in *Cass. pen.*, 1997, 1725 ss., in caso di contrasto sincronico, e Cass., 6 ottobre 1993, in *Giust. pen.*, 1995, II, 43 s.; Cass., 22 marzo 1995, in *Foro it.*, 1995, II, 498 s., in caso di contrasto diacronico. E, in epoca più recente, non pare potersi rinvenire alcuna altra pronuncia di legittimità annoverabile a tale, esiguo, catalogo.

<sup>513</sup> Nel primo senso, cfr. Cass., 21 giugno 2007, n. 35813; Cass., 16 aprile 2004, n. 28397; Cass., 17 dicembre 1999, n. 4951; Cass., 6 dicembre 1996, n. 1632; Cass., 25 gennaio 2011, n. 6991. Per il secondo tipo di affermazione, non di rado collegata alla prima, cfr. Cass., 10 giugno 1994, in *Cass. pen.*, 1994, 2925; Cass., 30 giugno 1994, in *Cass. pen.*, 1996, 2207; Cass., 6 dicembre 1996, n. 1632; Cass., 17 dicembre 1999, n. 4951; da ultimo Cass., 15 luglio 2010, n. 32096. Tali affermazioni non sembrano conformi allo “spirito” della sentenza C. cost., n. 364/1988, nella quale non si diceva affatto che è il “pacifico orientamento giurisprudenziale” nel senso della liceità che scusa, quanto piuttosto la situazione caotica del diritto “vivente”, dal quale non può necessariamente dedursi uno stato di dubbio che il cittadino è obbligato a risolvere nel senso dell'astensione. In tale ottica, si condividono le perplessità espresse da E.R. BELFIORE, *Brevi note sul problema della scusabilità dell'ignorantia legis*, in *Foro it.*, 1995, II, 154 ss., a commento della prima sentenza citata volta a richiedere un “pacifico orientamento giurisprudenziale” nel senso della liceità, il quale notava proprio come determinate espressioni derivino da un'ipervalutazione delle esigenze di difesa sociale.

<sup>514</sup> Cfr. Cass., 20 febbraio 1990, in *Cass. pen.*, 1991, 1262, relativa ad un caso di rilascio dell'autorizzazione da parte dell'autorità competente, ma significativa anche la più recente Cass., 30 novembre 2007, n. 2257, nella quale, dichiarando infondata la doglianza in cui era invocata l'oscurità del testo legislativo di riferimento, il giudice di legittimità sente di dover richiamare il generico “disvalore sociale” della condotta tenuta, quando avrebbe ben potuto (e dovuto) rimanere sul piano della (ritenuta) perfetta intelligibilità della norma.

<sup>515</sup> La Corte costituzionale, infatti, prende in considerazione la questione del “disvalore sociale” al § 28 della sentenza (e non lo richiama affatto al § 27, in cui esamina il problema dell'oscurità dei testi, del caos giurisprudenziale e delle indicazioni ingannevoli dell'amministrazione), allorché valuta l'ammissibilità di cause soggettive (e non oggettive) di ignoranza od errore, escludendole appunto per i reati cc.dd. “naturali”, ma anche richiamando parallelamente la possibilità di un'oggettiva irricognoscibilità di quelli “artificiali” a prescindere da ogni valutazione personalistica (v. diffusamente *supra*, Cap. III, §§ 4.1 ss.).

ampiamente discrezionale<sup>516</sup>. Situazione del tutto analoga, peraltro, si verifica rispetto al problema delle erronee indicazioni dell'autorità pubblica, se solo si considera la nota giurisprudenza in materia edilizia che consente al giudice una disapplicazione "di fatto" dell'atto amministrativo illegittimo alla luce "dell'interesse sostanziale che la fattispecie assume a tutela", utilizzando di fatto il bene giuridico «come una specie di "cavallo di Troia" proprio per superare l'ostacolo del principio di tipicità, la garanzia del fatto»<sup>517</sup>. Si comprende, allora, come lo spostamento di prospettiva sull'art. 2 c.p. (e sull'art. 25 Cost.) avrebbe il merito di rendere, oltre che più corretta teoricamente, anche più concreta dal punto di vista prasseologico la tutela dell'affidamento negli orientamenti giurisprudenziali o nelle indicazioni dell'autorità amministrativa<sup>518</sup>, illuminando peraltro da nuova prospettiva anche la problematica del tipo di antigiuridicità (generica o specificamente penale) rilevante ai fini del giudizio di conoscibilità<sup>519</sup>. Ed ulteriori effetti pratici si

---

<sup>516</sup> Sulla discrezionalità e la conseguente incertezza dell'applicazione dell'art. 5 c.p. rispetto ad un'eventuale riconduzione della tematica all'art. 2 c.p., cfr. ancora A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 322.

<sup>517</sup> La giurisprudenza, in tal modo, addiuvata ad una soluzione contraria all'art. 25 Cost. così come lo sarebbe stata la disapplicazione dell'atto in virtù della teoria imperniata sull'art. 5 della legge sul contenzioso amministrativo, come osserva M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2002, 113 ss. ed in particolare 128 ss., da cui i termini virgolettati. Di fatto, la giurisprudenza in parola persegue il fine di neutralizzare le conseguenze negative degli atteggiamenti lassisti della pubblica amministrazione rispetto alle politiche di prevenzione, richiamando proprio quegli obblighi di verifica del singolo – derivati nel settore dall'art. 29 del testo unico sull'edilizia – che, come detto, non sembrano poter rilevare oltre i casi di "manifesta abnormità" dell'atto (v. *supra*, Cap. III, § 4.2). Tale problema, peraltro, non appare del tutto risolto neanche quando la stessa fattispecie pare ammettere la responsabilità dell'agente in caso di autorizzazione illegittima (segnatamente, nel caso della lottizzazione abusiva c.d. "materiale", data la struttura "alternativa" della fattispecie), perché allo stesso modo si palesa un vizio di tipicità nel momento in cui l'ordinamento avverte che sanzionerà una condotta anche nel caso in cui la dovesse (per accidente) autorizzare, con un'evidente lesione dell'affidamento del cittadino, soprattutto nel momento in cui anche sul piano soggettivo raramente vengono negati gli estremi della colpa (rilevante data la natura contravvenzionale degli illeciti). Solo nei casi più eclatanti, in effetti, la Corte di cassazione ha riconosciuto applicabile l'art. 5 c.p., come nella nota vicenda degli "ecomostri" di Punta Perotti (Cass., 29 gennaio 2001, in *Cass. pen.*, 2001, 726 ss.), che dava origine, trovando comunque applicazione la confisca urbanistica sulla base della sola integrazione oggettiva della fattispecie, al ricorso che sfociava nella sentenza *Sud Fondi* (su cui *supra*, Cap. III, § 2.3). Anche se l'esito non sarebbe scontato, dato che i giudici di Strasburgo non potrebbero fondarsi sulla stessa affermazione di "irricoscibilità" della legge penale da parte dei giudici interni e non sempre si troverebbero di fronte ad una disciplina disorganica come quella che regolava l'assetto urbanistico del territorio barese, proprio la Corte europea, allora, potrebbe in futuro muovere ulteriori censure rispetto alla descritta giurisprudenza di legittimità in materia edilizia.

<sup>518</sup> Sottolinea inoltre A. BALSAMO, *La dimensione garantistica*, cit., 2207, come, oltre a scongiurare la discrezionalità che affligge l'applicazione dell'art. 5 c.p., un più diretto riferimento all'art. 2 c.p. permetterebbe anche di paralizzare, ad esempio, una giurisprudenza che dovesse interpretare un'aggravante in modo innovativo e più rigoroso, laddove invece l'art. 5 c.p. si riferisce solo all'ignoranza relativa all'illiceità del fatto. Nello stesso senso, sottolinea i vantaggi di una soluzione volta a prescindere dall'idea di errore di diritto, in quanto esposta ai rischi di scarsa applicazione, D. ROETS, *La non-rétroactivité de la jurisprudence pénale in malam partem consacrée par la CEDH*, in *Recueil Dalloz*, 2007, 128. Piuttosto che a un'idea di automaticità o di non discrezionalità, invece, si riferisce ad una logica di maggior responsabilizzazione e consapevolezza da parte degli organi giudicanti circa gli effetti del proprio operato M. VOGLIOTTI, *Penser l'impensable*, cit., 378, in stretta relazione con il problema dell'impossibile giustiziabilità (se non altro nell'ordinamento interno) delle lesioni del *nullum crimen* per via interpretativa.

<sup>519</sup> È evidente che risolta sul piano della tipicità, con diretto riferimento all'art. 25 Cost., tale questione non può che trovare risposta nella totale irrilevanza della conoscibilità (o conoscenza) dell'antigiuridicità extrapenale (ad esempio, amministrativa) di una determinata condotta, dato che l'agente non potrebbe essere chiamato in ogni caso sulla base di tale circostanza a farsi carico di una successiva riqualificazione penale del medesimo fatto da parte della giurisprudenza; ciò perché non si porrebbe tanto il problema di valutare la possibilità di formulare ugualmente un giudizio di rimproverabilità, quanto piuttosto di prendere atto dell'inesistenza della qualificazione penale al momento della commissione del fatto. In questo senso, cfr. le puntuali considerazioni svolte, a commento di una delle prime

potrebbero apprezzare nella disciplina del concorso di persone, ovvero in riferimento all'applicabilità delle misure di sicurezza e sul terreno delle formule processuali<sup>520</sup>. Per altro verso, se è vero che il riconoscimento del “valore del precedente” da parte della giurisprudenza di Strasburgo accredita l'opinione di chi ritiene necessaria l'introduzione di una forma (relativa) di vincolatività dello stesso<sup>521</sup> – oltre la logica insostenibile della sua mera “persuasività”<sup>522</sup> –, tale soluzione non sembra imposta dalla prospettiva convenzionale, nella quale ci si limita a richiedere una tutela dell'affidamento del singolo di fronte alle (ammesse) ipotesi di mutamento giurisprudenziale<sup>523</sup>.

Ora, occorre riconoscere che, nell'attuale momento storico, la fiducia nella capacità del legislatore di individuare soluzioni adeguate rispetto a tematiche così complesse (le quali, nel caso di specie, toccano anche determinati equilibri di potere tra parlamento e magistratura) rischia di essere mal riposta. La soluzione dell'irretroattività dell'*overruling* sfavorevole, allora, potrebbe essere sviluppata dalla stessa giurisprudenza, se non altro in virtù dell'obbligo di interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte europea: molto significative, in proposito, si rivelano le recentissime pronunce che, riconoscendo con decisione il ruolo creativo dell'interpretazione

---

applicazioni giurisprudenziali dell'art. 5 c.p. proprio in un'ipotesi di questo tipo, da P. VENEZIANI, *L'oggetto dell' "ignorantia legis" rilevante*, in *Foro it.*, 1995, II, *passim* in particolare 512.

<sup>520</sup> Sui primi due profili, cfr. M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, Giuffrè, Milano, 1993, 250, che nota come la risoluzione sul piano della tipicità (ancorché in riferimento alla tipicità soggettiva piuttosto che oggettiva) precluderebbe ogni responsabilità dei concorrenti, non rinviando ad una valutazione personalistica in capo ad ognuno di essi, e l'applicabilità delle misure di sicurezza. Sulla questione processuale, cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 322, che osserva come la formula “il fatto non è previsto come reato” piuttosto che “il fatto non costituisce reato” comporterebbe concreti vantaggi per l'imputato, soprattutto in relazione all'efficacia del giudizio penale su quello civile relativo al risarcimento dei danni da reato.

<sup>521</sup> Secondo la nota proposta di A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., *passim*. Fuori dall'ambito più strettamente penalistico, la discussione appare avere maggiori adesioni. In proposito, salutando così con favore la riformulazione dell'art. 374 c.p.c., cfr. R. RORDORF, *Stare decisis*, cit., 284, e, con uno sguardo invece critico su tale riforma, colpevole di aver aumentato in modo esponenziale la capacità della Corte di cassazione di “fare precedente”, ritenendo invece l'autorità del precedente legata essenzialmente all'esiguità degli interventi nomofilattici, M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., 508 ss.. Ancora, per una “nomofilachia forte”, cfr. le considerazioni svolte qualche anno fa dai responsabili dell'Ufficio del ruolo e del massimario in S. EVANGELISTA-G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, 82 ss..

<sup>522</sup> In proposito, cfr. le autorevoli voci critiche rispetto al dogma del valore del precedente meramente persuasivo di G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, XXIII, Treccani, Roma, 1990, 4 ss., e M. TARUFFO, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in *Riv. trim dir e proc. civ.*, 2004, 1037 ss.. Nello stesso senso, cfr. le osservazioni di R. RORDORF, *Stare decisis*, cit., 281, che osserva come l'effettiva persuasività poco rilevi rispetto alla tendenza dei giudici ad osservare i precedenti delle giurisdizioni superiori.

<sup>523</sup> *Prospective overruling* e vincolatività del precedente, in altri termini, hanno una base comune (il riconoscimento del ruolo creativo della giurisprudenza) ma divergono fondamentalmente nel momento in cui il primo istituto presuppone una possibilità di mutamento che il secondo mira a impedire. Non condivisibile, pertanto, l'osservazione di R. RUSSO, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*, in *Cass. pen.*, 2011, 38, secondo la quale «l'onere per i giudici interni di rispettare il *dictum* interpretativo della Corte di Strasburgo sembrerebbe introdurre nel nostro ordinamento una forma di precedente vincolante». Non è un caso, in effetti, che proprio uno degli Autori più sensibili al problema dell'irretroattività dell'*overruling* sfavorevole (più volte citato in questa sede) esprima invece perplessità sulla possibilità di accordare un'efficacia vincolante al precedente giudiziale; in particolare, v. M. VOGLIOTTI, *La “rhapsodie”: fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, in *Rev. int. ét. jur.*, 2001, 177 ed in particolare le considerazioni di cui alla nota 84.

giudiziale anche nel settore criminale, richiamano proprio i limiti temporali all'efficacia della legge penale nella regolazione dei mutamenti giurisprudenziali.

In una recente pronuncia, ad esempio, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno concluso che «l'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di includere nel concetto di nuovo “elemento di diritto”, idoneo a superare la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite di questa Suprema Corte, carattere di stabilità e integra il “diritto vivente”»<sup>524</sup>. Quanto mai significativa, in effetti, risulta la circostanza che per sostenere il carattere “concorrenziale” del rapporto tra norma positiva e diritto giurisprudenziale le Sezioni Unite sentano la necessità di riferirsi espressamente, ed in modo ampio, alla definizione di “legge” elaborata dalla Corte europea nella giurisprudenza sull'art. 7 Cedu (v. *supra*, Cap. III, § 2.1)<sup>525</sup>. E se la decisione in parola supera il limite processuale dell'art. 666, 2° c., c.p.p. – talvolta definito (impropriamente, secondo le Sezioni Unite) come “giudicato esecutivo” –, in una recente pronuncia del Tribunale di Torino si finisce per mettere in discussione la stessa tenuta del “vero” giudicato penale, nel momento in cui viene sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non prevede la possibilità di revocare una sentenza di condanna definitiva in caso di sopravvenuto mutamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite che abbia escluso che il fatto oggetto della condanna sia previsto dalla legge come reato<sup>526</sup>. In pratica, si viene ad equiparare l'*abolitio criminis* legislativa – che, ai sensi dell'art. 2, 2° c., c.p., fa cessare l'esecuzione e gli effetti penali di una condanna anche se definitiva (proprio mediante l'istituto di cui all'art. 673 c.p.p.) – all'analoga vicenda di matrice giurisprudenziale; e, per sostenere la riferibilità di una norma nata per regolare l'efficacia della legge nel tempo (l'art. 2 c.p. appunto) alle evoluzioni della *judicial law*, anche il Tribunale di Torino non può fare a meno di richiamare la giurisprudenza della Corte europea sull'art. 7 Cedu e la sua portata vincolante per l'ordinamento *ex art.* 117 Cost..

Si deve notare, peraltro, che se è senza dubbio significativo che le decisioni in parola non manchino di richiamare la disciplina della legge penale nel tempo anche nel (reciproco) senso dell'irretroattività nel mutamento peggiorativo, tale argomento emerga in quanto essenzialmente

---

<sup>524</sup> Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010, n. 18288, in *Cass. pen.*, n. 2011, 18 ss., con nota di R. RUSSO, *Il ruolo della law in action*, cit..

<sup>525</sup> Sul punto, cfr. le considerazioni critiche di F. BIONDI, *La decisione delle sezioni unite della Cassazione ha lo stesso “valore” della fonte del diritto scritto? Quando l'interpretazione conforme alla CEDU pone dei dubbi di costituzionalità*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2010, 5 s., che ritiene che tale rinvio alla prospettiva convenzionale sia stato inopportuno proprio alla luce del contro-limite rappresentato dal principio costituzionale di indipendenza del giudice ed esclusiva sottoposizione alla legge scritta, argomento che, tuttavia, appare poter essere superato proprio non disconoscendo integralmente il ruolo del testo come limite all'attività ermeneutica, pur realisticamente ammettendo la possibilità di diverse interpretazioni, la cui “opzione” ricade inesorabilmente sulle giurisdizioni e sulla Suprema Corte in particolare.

<sup>526</sup> Tribunale di Torino, ordinanza del 27 giugno 2011, pubblicata in *www.penalecontemporaneo.it*.

finalizzato ad espandere l'operatività del principio della *lex mitior*, mentre ancora si attende – almeno in materia penale, dato che sul fronte civilistico si registrano aperture giurisprudenziali estremamente significative<sup>527</sup> – una pronuncia che giunga a paralizzare l'*overruling* sfavorevole senza chiamare in causa la dottrina dell'errore di diritto – il che appare dimostrare, in effetti, una pervicace difficoltà della giurisprudenza a riconoscere il proprio ruolo creativo, rifugiandosi così nella logica del precedente “dichiarativo”, laddove si tratti di sposare la soluzione più rigorosa, mentre più facilmente si rompono gli indugi allorché si intenda mostrare un volto più “benevolo”. E d'altra parte, un'analogia di condotta è stata puntualmente osservata anche nelle dinamiche di *common law* e proprio nel diritto statunitense, nel quale è nato l'istituto del *prospective overruling*, se è vero che i giudici penali preferiscono piuttosto riferirsi alla regola del *mistake of law*<sup>528</sup>. Eppure, se l'interpretazione abrogatrice viene ormai equiparata all'autentica *abolitio criminis* nella sua efficacia intertemporale, non si vede perché nell'interpretazione estensiva non possa essere riconosciuta una forma di nuova incriminazione (rilevante ai sensi dell'art. 2, 1° c., c.p.) o di successione sfavorevole (ai sensi del 4° comma della stessa disposizione) qualora sia il raggio operativo di talune misure punitive ad essere ampliato in via ermeneutica<sup>529</sup>. Le pronunce segnalate, allora, potrebbero costituire la premessa per un definitivo superamento di una sorta di ostacolo culturale da parte degli organi giurisdizionali in prospettiva di una maggiore responsabilizzazione degli stessi.

---

<sup>527</sup> Aperture che si sono avute, dapprima, nella giurisprudenza di merito, in particolare nei termini di Trib. Varese, Sezione Prima civile, sentenza 8 ottobre 2010, che si è espressamente riferito all'istituto del *prospective overruling* (e alla giurisprudenza della Corte europea) ai fini di limitare la retroattività del mutamento interpretativo delle Sezioni Unite della Corte di cassazione in materia di costituzione dell'opponente nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, richiamando il parametro costituzionale e sovranazionale del giusto processo (che anche in questa sede si è inteso sottolineare, affianco alle più tradizionali logiche sostanziali del principio di legalità, v. *supra*, Cap. III, § 3.2). Dal canto suo la Suprema Corte, che ancora nell'ordinanza Cass. civ., 2 luglio 2010, n. 15811, richiamava ancora una volta l'idea di errore “oggettivamente scusabile” del ricorrente, con un'importante pronuncia delle Sezioni Unite ha, infine, riconosciuto una sorta di efficacia irretroattiva del mutamento giurisprudenziale affermando che «trattasi di soluzione confortata dall'esigenza di non alterare il parallelismo tra legge retroattiva e interpretazione giurisprudenziale retroattiva, per il profilo dei limiti, alla retroattività della regola, imposti dal principio di ragionevolezza. Ciò che non è consentito alla legge non può similmente essere consentito alla giurisprudenza» (cfr. Cass. civ., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144). Evidentemente, il riferimento al canone della ragionevolezza in materia civile troverebbe, invece, referenti costituzionale ben più solidi e pregnanti in materia penale nei principi di legalità e colpevolezza.

<sup>528</sup> Cfr., oltre alle considerazioni già segnalate di E. GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in *Pol. dir.*, 1996, 469 ss., i rilievi di S. POMORSKI, *American common law and the principle nullum crimen sine lege*, Mouton, The Hague-Paris, 1975, 192 ss., il quale osserva come sebbene si concluda per l'inefficacia della svolta giurisprudenziale, gli argomenti delle Corti statunitensi sono frequentemente vaghi e poco convincenti, per lo più evocanti l'idea di *mistake of law*, scontando evidentemente la difficoltà di ammettere un ruolo creativo del precedente anche in diritto penale, essendosi così nel tempo perso il diretto riferimento alla *ex post facto clause* che era stato fatto proprio nelle prime applicazioni della Supreme Court. In proposito, peraltro, nota U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv. civ.*, 4 ed., XIV, Utet, Torino, 1997, 164 s., come proprio una certa fedeltà alla teoria del *declaratory power* sia alla base della difficile recezione nell'ordinamento inglese della tecnica.

<sup>529</sup> Si pensi all'orientamento che vuole la confisca applicabile anche in caso di estinzione del reato (su cui *infra*, § 4.4).

### **3. Il principio di riconoscibilità nel diritto penale dell'Unione europea.**

Una delle sfide più importanti che attende il principio di legalità penale è rappresentata, come noto, dall'ascesa del diritto penale dell'Unione europea. Tale fenomeno mette anzitutto in discussione il corollario "politico" della riserva di legge poiché, anche se recepite formalmente in una fonte interna, le richieste europee di penalizzazione tendono effettivamente a limitare la libertà delle scelte di politica criminale in capo ai legislatori nazionali (così come avviene, d'altra parte, rispetto agli obblighi di tutela penale derivati dalla Convenzione europea, anche se in modo più frammentario). Il problema non è certo nuovo e, in effetti, si registrano oramai diverse aperture dottrinali rispetto ad un siffatto nuovo equilibrio nei rapporti tra ordinamenti<sup>530</sup>, anche in considerazione di un certo superamento della pregiudiziale del c.d. "deficit democratico" nelle diverse fasi di formazione della norma penale europea<sup>531</sup>. Tornando sul percorso della presente ricerca, tuttavia, in questa sede si rende soprattutto necessaria una valutazione in ordine ai modi nei quali l'ascesa delle indicazioni politico-criminali provenienti da un sistema storicamente caratterizzato da un impronta funzionalista<sup>532</sup> – che si traduce inesorabilmente in un'ampia valorizzazione delle esigenze di tutela specificamente penale degli interessi comunitari (v. *supra*, Cap. I, § 2.1) – possa ripercuotersi sullo spessore delle garanzie fondamentali del singolo in materia penale.

Ora, è noto che la stessa Corte di giustizia, nell'ambito di un più ampio processo che l'ha vista costretta a farsi carico di compiti di tutela dei diritti dell'uomo (v. *supra*, Cap. I, § 2.2), più volte si è trovata a riconoscere il valore del principio di legalità penale – poi recepito nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – a fronte dei possibili effetti espansivi dell'interrelazione tra diritto interno e diritto comunitario<sup>533</sup> mentre, per altro verso, più di

---

<sup>530</sup> Cfr., da ultimo, G. GRASSO, *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, 2332 ss., e R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, 2584 ss..

<sup>531</sup> Sul punto, cfr. diffusamente C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010, *passim*.

<sup>532</sup> Sul metodo funzionalista, cfr. in particolare l'introduzione dello studio di C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Giuffrè, Milano, 2007, 1 ss..

<sup>533</sup> Le prime significative affermazioni del principio sono state rese, infatti, dalla Corte di Giustizia in casi nei quali il rischio di lesione della garanzia derivava proprio dall'interazione dei sistemi normativi in ambito extrapenale (prima ancora che si affacciasse, quindi, una competenza penale europea). In particolare, la Corte si trovava già nel 1984 ad affermare che «il principio della irretroattività delle disposizioni penali è un principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, sancito dall'art. 7 della CEDU come un diritto fondamentale, che fa parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte deve garantire l'osservanza» (CGCE, 10 luglio 1984, in causa C-63/83, *Regina c. Kent Kirk*, cit., punto 22), nella specie ritenendo illegittima la "ratifica" retroattiva, ad opera del regolamento n. 170/81, di una norma nazionale penale che all'epoca della commissione dei reati contestati era incompatibile con il diritto comunitario in quanto contraria al principio di non discriminazione nell'attività della pesca ma mantenuta in vigore oltre il periodo derogatorio previsto dall'Atto di adesione del 1972. Osservava, quindi, la Corte che «una siffatta retroattività non può, in nessun caso, avere l'effetto di giustificare *a posteriori* provvedimenti nazionali aventi carattere penale (...) per un atto che, in realtà, non era punibile nel momento in cui è stato commesso». La stessa emersione del

un'esitazione ha mostrato rispetto al principio di colpevolezza, estromesso infine dalla Carta di Nizza<sup>534</sup>. In particolare, la tutela del principio di legalità viene frequentemente associata all'assunto secondo il quale il diritto comunitario non potrebbe, indipendentemente da una legge interna, determinare o aggravare la responsabilità penale di un individuo<sup>535</sup>. Se l'assolutezza di quest'ultima affermazione (soprattutto per come richiamata nel noto *affaire Berlusconi*) deve essere riconsiderata alla luce di quelle vicende nelle quali la difformità al diritto comunitario è stata effettivamente in grado di incidere negativamente sugli estremi della responsabilità individuale paralizzando l'efficacia della *lex mitior* – tanto nella giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>536</sup>, quanto (ma con maggiori incertezze) nella recente sentenza della Corte costituzionale sulle “ceneri di pirite”<sup>537</sup> –, ne rimane in ogni caso indubbiamente valido il significato che impedisce ogni sacrificio delle esigenze di riconoscibilità delle conseguenze penali al momento del fatto in nome del primato del diritto

---

principio *ratione materiae* è evidente in una decisione del 1990 (CGCE, 10 novembre 1990, in causa C-331/88, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Fedesa e a.*), nella quale la Corte giudicò legittimo l'effetto retroattivo conferito ad una direttiva – giustificato sulla base del fatto che questa interveniva a colmare il vuoto giuridico creatosi successivamente all'annullamento, per ragioni formali, di altra precedente direttiva contenente il divieto di uso di talune sostanze ormoniche nell'allevamento – purché ciò non incidesse sulla responsabilità penale dei singoli, autorizzando l'instaurarsi di procedimenti penali in forza di norme di diritto nazionale attuative della direttiva annullata.

<sup>534</sup> La Corte di giustizia, infatti, ha assunto posizioni fortemente differenziate a seconda che il principio di colpevolezza fosse parametro di legittimità della normativa comunitaria o, al contrario, della legislazione nazionale. Nota C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 20 ss., come tale contraddittorietà derivi essenzialmente da un problema di legittimazione che incontra la Corte nel discutere le scelte nazionali, mentre questo non si pone al momento di valutare la rispondenza della normativa di origine comunitaria a determinati *standard* garantistici (ciò che appare spiegare, come si vedrà *infra*, § 5, i motivi dell'inclusione di tale principio nel regolamento n. 2988/95). Significativo, in effetti, risulta il fatto che proprio il principio di colpevolezza sia tra i “grandi assenti” nella Carta di Nizza, come osserva A. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Cedu: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 165 ss.

<sup>535</sup> Cfr., da ultimo, R. SICURELLA, *Questioni di metodo*, cit., 2614.

<sup>536</sup> Come noto, tale affermazione (risalente al caso CGCE, 8 ottobre 1987, in causa C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen* ed estesa ai regolamenti nella sentenza CGCE, 7 gennaio 2004, in causa C-60/02, X) risulta l'argomento assorbente nella complessa motivazione che caratterizzava la sentenza CGCE, 3 maggio 2005, in cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.* (cfr. in particolare, i §§ 73 e 74). Tuttavia, al confronto della soluzione (contraria) che distingueva la sentenza CGCE, 11 novembre 2004, C-457/02, *Niselli*, tale affermazione dovrebbe essere riconsiderata alla luce degli elementi che differenziano le due situazioni prospettate alla Corte di Giustizia e che, come osserva puntualmente nella sua ampia ricostruzione C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 118 ss., possono essere individuati nel tipo di regola europea considerata (*standard* contro regola), tipo di adempimento (incidentale invece che diretto) e tipo di inadempimento (sostituzione piuttosto che introduzione di una norma specifica).

<sup>537</sup> In effetti, proprio in un caso in cui ricorrevano gli elementi distintivi che caratterizzavano il caso *Niselli* (contrasto con una “regola” europea da parte di una norma speciale a seguito di un adempimento espresso) la Corte costituzionale si è sentita autorizzata a superare i limiti che, a sua volta, si era imposta nella sentenza sul falso in bilancio (C. cost. n. 161/2004, che proprio il requisito di compresenza/specialità richiamava, accanto ad altri effettivamente meno nitidi) nella recente pronuncia sulle “ceneri di pirite” (C. cost. n. 28/2010), in cui in nome del primato del diritto comunitario è stata adottata una decisione che finisce per ampliare l'area del penalmente rilevante e, quindi, con effetti *in malam partem* (e all'infuori di valutazioni in merito al contrasto con l'art. 3 Cost. che avevano fondato la soluzione della celebre sentenza C. cost. n. 394/2006 sulle cc.dd. “norme di favore”). D'altra parte, la stessa Corte costituzionale ha avuto palesi esitazioni (delle quali è sintomatica l'incoerenza con cui si sviluppa l'argomentazione) circa la possibilità di sospendere l'efficacia della *lex intermedia* favorevole (ossia quella vigente nel periodo in cui le ceneri di pirite non erano considerate rifiuto) rispetto agli imputati, rimessa in modo pilatesco al giudice *a quo* che, anche confrontandosi con la sopravvenuta sentenza *Scoppola* (ignorata dalla Corte costituzionale), con la sentenza Tribunale di Venezia (sezione di Dolo), 13 maggio 2010, ha infine ritenuto ammissibile una deroga al principio della *lex mitior* anche in caso di illegittimità “comunitaria” della stessa (dopo quella già consentita, appunto, dalla sentenza C. cost. n. 394/2006).

(penale) europeo. Pertanto, è evidente che, se in futuro si dovesse giungere ad una decisione della Corte costituzionale che – anche fuori da uno schema di compresenza/specialità sincronica o addirittura di tipo triadico-diacronico (ossia di inadempimento sopravvenuto) – avesse l’effetto di ampliare l’area del penalmente rilevante per conformarsi alle nuove “direttive penali”<sup>538</sup>, ad un evidente arretramento della riserva di legge (già manifestatosi nella sentenza sulle ceneri di pirite) non potrebbe in alcun caso corrispondere una lesione del profilo storico del principio di legalità<sup>539</sup>.

Se tale conclusione non è seriamente discutibile – e non è infatti discussa neanche da parte di quella dottrina che maggiormente valorizza i paralleli obblighi convenzionali di tutela penale<sup>540</sup> –, maggiori problemi, come noto, si annidano negli effetti espansivi che possono avere luogo nelle dinamiche giurisprudenziali “attivate” dall’obbligo di interpretazione conforme (a sua volta “assistito” dall’istituto del rinvio pregiudiziale, assente invece nel sistema Cedu). Occorre segnalare, peraltro, che appare tuttora discussa la stessa ammissibilità *tout court* di effetti espansivi derivanti da interpretazione conforme al diritto europeo, i quali evidentemente prescinderebbero da una struttura triadica innestandosi direttamente sul rapporto che intercorre tra norma europea e norma nazionale. Se, infatti, taluni settori della letteratura si limitano ad individuare rispetto a tale fenomeno il solo limite del divieto di analogia<sup>541</sup>, si deve segnalare l’opinione di chi, sulla scorta

---

<sup>538</sup> Mutilando, ad esempio, un elemento “riduttivo” di fattispecie, come le soglie di rilevanza nel falso in bilancio, dato che comunque non sarebbe possibile ogni riscrittura “positiva”. L’eventualità che si giunga in futuro a tale operazione non appare poi così remota, e non per questo si discuterebbe la mancanza di efficacia diretta delle direttive penali (mentre i due aspetti tendono ad essere confusi, ad esempio, da R. SICURELLA, *Questioni di metodo*, cit., 2614), dato che al giudice ordinario continuerebbe comunque ad essere preclusa ogni diretta disapplicazione del diritto interno non conforme ma più favorevole (fermo restando che la vicenda *Niselli* si è segnalata anche per il tentativo dei giudici ordinari di far valere una vera e propria efficacia diretta delle definizioni europee di rifiuto, come segnala C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 144 s.). Il sindacato della Corte costituzionale, invece, oramai appare aver preso una strada volta ad ammettere sempre maggiori spazi per sindacati volti ad ampliare l’area penalmente e rilevante (e, talvolta, capaci anche di incidere sulla responsabilità individuale, come nel caso delle ceneri di pirite), in un percorso che potrebbe vedere cedere i requisiti della compresenza/specialità, dell’insindacabilità del contrasto con un principio comunitario (piuttosto che con una regola, anche in relazione alla possibilità di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale) e della stessa struttura triadica del conflitto.

<sup>539</sup> Essendo quindi imprescindibile l’efficacia *ex nunc* della sentenza costituzionale. La stessa logica dovrebbe regolare, peraltro, la complessa ipotesi in cui ci si interroghi sulla possibilità di disapplicare norme favorevoli e contrastanti col diritto europeo in base (non ad un’inesistente efficacia diretta di queste ultime bensì) alla natura non legislativa delle prime, che le renderebbe suscettibili di essere “sostituite” da quelle comunitarie nella loro portata integrativa del precetto legislativo. In questa situazione, in effetti, sembra che l’affidamento dell’individuo nella norma nazionale ancorché incompatibile con il diritto comunitario dovrebbe essere tutelato allo stesso modo in cui lo è nel momento in cui si esclude la disapplicabilità generalizzata di atti amministrativi illegittimi per contrarietà all’ordinamento interno. Condividendo, pertanto, le perplessità espresse da C. SOTIS-M. BOSI, *Il bizzarro caso dei pesci* “in malam partem”, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011, 21 ss., circa il configurarsi, proprio in un’ipotesi di “doppia illegittimità”, di una sorta di duplice e contrapposto regime della norma secondaria nazionale su cui il consociato ha fatto affidamento, sembra che non possa essere accolta la soluzione adottata nel caso in questione (relativo alla pesca dei tonni rossi) da parte della Corte di cassazione. Appare rischioso, in effetti, accettare che un autentico vizio di tipicità possa essere corretto attraverso il riferimento al diritto comunitario così comportando effetti sfavorevoli per l’agente.

<sup>540</sup> Cfr. i termini di F. VIGANÒ, *L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, 2679 (segnalati anche *supra*, Cap. III, § 4.3).

<sup>541</sup> In questo senso, cfr. C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 290 ss., il quale in ogni caso ammette la difficile praticabilità di tale soluzione, limitandola all’ipotesi di contrasto con una regola europea (e non con un principio) che non sia a sua volta contraria ad un’interpretazione costituzionalmente conforme (alla luce del principio di offensività), e

delle considerazioni della stessa Corte di Giustizia, nega la praticabilità di ogni intervento ermeneutico in chiave espansiva<sup>542</sup>. E proprio quest'ultima posizione sembra essere recepita nella giurisprudenza delle Sezioni Unite più recente, nella quale è stata negata l'impossibilità di estendere la confisca *ex art. 322 ter c.p.* al profitto del peculato mediante riferimento alla più estesa nozione europea di "provento"<sup>543</sup>, richiamando specificamente nella motivazione i passaggi chiave della sentenza Pupino<sup>544</sup>. Nondimeno, al confronto con l'analogia questione che si era presentata in tema di confisca prevista dall'art. 640 *quater c.p.* per il reato di truffa e risolta dalle Sezioni Unite in modo diametralmente opposto<sup>545</sup>, rimane l'impressione che l'ultimo orientamento del giudice di legittimità si spieghi soprattutto in relazione alla natura analogica del ragionamento che avrebbe condotto ad assimilare il profitto alla nozione di prezzo<sup>546</sup> e che le eventualità di future interpretazioni conformi *in malam partem* siano tutt'altro che remote.

Peraltro, si consideri che, con l'emanazione delle prime direttive penali – che rimpiazzeranno quelle decisioni-quadro considerate nella sentenza Pupino, vestigia dell'oramai scomparso "terzo pilastro" –, aumenteranno esponenzialmente le occasioni in cui i giudici interni potranno richiamare il diritto europeo, anche se non trasposto in fonti nazionali, per recepirne interpretativamente gli effetti espansivi, conferendo una sorta di efficacia diretta<sup>547</sup> ad atti che tenderanno ad avere un fisiologico margine di indeterminatezza e imprecisione per attutire (almeno in un primo momento)

---

F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1438 s., posizione poi ribadita (anche in riferimenti agli obblighi convenzionali di tutela penale, come segnalato) in *Id.*, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in P. Corso-E. Zanetti, a cura di, *Studi in onore di Mario Pisani*, II, Celt, Padova, 2010, 617 ss. ed in particolare 667 ss..

<sup>542</sup> In particolare, richiamando la sentenza CGCE, 16 giugno 2005, in causa C-105/03, *Pupino*, § 44, ma anche le precedenti sentenze CGCE, 12 dicembre 1996, in cause riunite C-74/95 e C-129/95, *Procura di Torino c. X*, e CGCE, 7 gennaio 2004, in causa C-58/02, *Commissione c. Regno di Spagna*, si esprime in tal senso V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, 85, il quale nota peraltro la difficoltà di distinzione rispetto agli itinerari ermeneutici analogici, questione sopra evidenziata ma che concerne essenzialmente il profilo della riserva (v. *supra*, Cap. III, § 4.2) il quale, peraltro, proprio nella sentenza sulle "ceneri di pirite" sembra uscire del tutto ridimensionato dal confronto col primato del diritto dell'Unione europea.

<sup>543</sup> La decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi del reato del 24 febbraio 2005 (212/2005/GAI), infatti, non fa alcuna distinzione tra i concetti di profitto, prezzo e prodotto.

<sup>544</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 38691, nella quale la posizione della Corte è piuttosto perentoria nel momento in cui afferma che «deve concludersi, pertanto, che l'utilizzo della normativa sovranazionale, allo scopo di integrazione di elementi normativi, va escluso allorché – come si verificherebbe nel caso di specie – gli esiti di una esegesi siffatta si traducano in una interpretazione *in malam partem* della fattispecie penale nazionale» (§ 5 della motivazione in diritto).

<sup>545</sup> Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci, in *CP*, 2006, 1382 ss., che proprio l'interpretazione conforme alla citata decisione quadro richiamava a sostegno della soluzione estensiva. Rispetto all'interpretazione che veniva accolta nella pronuncia cfr. le considerazioni critiche di D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale italiano*, Bup, Bologna, 2007, 265 ss., che la ritiene incompatibile con i principi di legalità e con i fondamenti dello Stato di diritto.

<sup>546</sup> Nel caso dell'art. 640 *quater c.p.*, in effetti, il rinvio generico e indistinto all'art. 322 *ter c.p.* (vale a dire sia al primo che al terzo comma della disposizione che, invece, considera il profitto) concedeva più spazi per un'interpretazione estensiva che si potesse ancora considerare nell'ambito dei confini tracciati dal divieto di analogia, mentre nel più recente caso del peculato un'interpretazione del 1° comma tale da ricondurvi anche il profitto sarebbe stata effettivamente *praeter legem*.

<sup>547</sup> Come nota V. MANES, *Nessuna interpretazione*, cit., 87.

l'impatto "politico" della nuova competenza penale europea, così favorendo le possibilità di intervento interpretativo-normativo della Corte di Giustizia<sup>548</sup>. Breve, l'effettiva ampiezza della tutela penale in determinati ambiti potrebbe finire per essere rimessa essenzialmente al dialogo tra giurisdizioni nazionali ed europee.

Tenendo presente che tale fenomeno tornerebbe a mettere in discussione, per ovvie ragioni, l'effettiva realizzazione delle istanze di democraticità nel neonato diritto penale europeo, non si può che guardare con preoccupazione alle esternalità negative in termini di sicurezza giuridica – e, quindi, di garanzia individuale – che altresì ne discenderebbero. La probabilità di contrasti ermeneutici, infatti, se non altro nel primo momento di sintesi tra ordinamenti, è destinata ad aumentare inesorabilmente e con essa l'eventualità di "sistemic" *overruling* sfavorevoli. Ancora una volta, peraltro, emerge il problematico rinvio al "diritto internazionale" nell'art. 7 Cedu, soprattutto alla luce delle ultime applicazioni della Corte europea che lo vogliono (per ora esclusivamente in riferimento al diritto penale internazionale) svincolato da ogni trasposizione nel diritto interno ai fini del giudizio di prevedibilità e in considerazione del fatto che la natura professionale dei settori su cui interviene la normativa europea potrebbe condurre a sostenere doveri di conoscenza in capo ai suoi destinatari a prescindere da ogni antinomia col diritto interno. In sostanza, tali soluzioni sarebbero comunque figlie dell'esigenza di far filtrare le (sempre più pressanti) richieste di tutela di beni anche a scapito delle garanzie individuali.

Fondamentale, allora, sarà la capacità della Corte di Giustizia di valorizzare soprattutto le "luci" della giurisprudenza di Strasburgo in tema di vizi "formali" di riconoscibilità, atteggiamento che già caratterizza significative pronunce adottate a Lussemburgo. Proprio riferendosi alla giurisprudenza *ex art. 7 Cedu*, anzitutto, nel settore della competenza sanzionatoria amministrativa accentrata (v. *infra*, § 5), è stata riconosciuta la necessità di declinare il principio di legalità in modo da tutelare l'affidamento nella condotta (sostanzialmente giurisdizionale) della Commissione europea nell'applicazione della normativa sulla concorrenza, rigettando così la dottrina del c.d. *thin ice*<sup>549</sup>. Ma, soprattutto, appaiono significativi proprio i termini della sentenza *Pupino* con i quali la Corte di Giustizia, richiamando appunto la giurisprudenza *Kolpinghuis Nijmegen* in tema di conflitti triadici, afferma che «l'obbligo per il giudice nazionale di far riferimento al contenuto di una decisione quadro quando interpreta le norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi

---

<sup>548</sup> Come osservano R. SICURELLA, *Questioni di metodo*, cit., 2610 ss., e N. PARISI, *Ancora in tema di riconoscimento reciproco e principio di stretta legalità penale nell'Unione europea: alcune considerazioni a partire dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, 2559, le quali ritengono come soprattutto gli atti di recepimento sarebbero chiamati a specificare normative fisiologicamente imprecise. Già in riferimento alla prima direttiva penale, in effetti, è stata lamentata dal gruppo di studiosi *European criminal policy initiative* un'accentuata imprecisione nella formulazione delle richieste di penalizzazione in AA. VV., *Manifesto sulla politica criminale europea*, in [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com), 2009, 744.

<sup>549</sup> Cfr. CGCE, 8 febbraio 2007, in causa C-3/06 P, *Groupe Danone c. Commissione*, §§ 87 ss..

generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività» e che «questi principi ostano in particolare a che il detto obbligo possa condurre a determinare o ad aggravare, sul fondamento di una decisione quadro e indipendentemente da una legge adottata per l'attuazione di quest'ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni»<sup>550</sup>. Tali decisioni, nelle quali viene recepita significativamente, in tutta la sua pregnanza, il significato della legalità come riconoscibilità, subordinano lo sviluppo del diritto penale europeo alla necessaria irretroattività di ogni soluzione interpretativa ortopedica ed innovativa a detrimento dell'imputato<sup>551</sup>. E proprio la Corte di Giustizia, allora, affianco all'indicazione della corretta interpretazione delle direttive, nella stessa sede del rinvio pregiudiziale dovrà assumersi la responsabilità di indicare al giudice nazionale i limiti di ogni scelta improntata al maggior rigore: in assenza di un simile accorgimento, in effetti, i termini della sentenza *Pupino* non possono che precludere *tout court* l'ammissibilità di ogni interpretazione conforme estensiva, la quale finirebbe proprio per incidere negativamente sugli estremi della responsabilità penale dell'individuo.

## ***Sezione II – L'estensione del significato storico del principio di legalità nell'ordinamento italiano: recenti "conquiste" e nuove prospettive.***

### ***4. La progressiva assunzione della nozione di punizione come fondamento dell'applicazione dell'art. 25, 2° c., Cost. ed i residuali spazi di "autonomia" e "specificità" del concetto di pena.***

#### ***4.1. Il tradizionale riferimento alla nozione di pena nella letteratura italiana come baricentro dello statuto garantistico: critica di un dogma.***

Occorre ora misurare lo stato del recepimento nell'ordinamento italiano del concetto di *matière pénale* elaborato dalla Corte europea ed incentrato prevalentemente, ai fini della determinazione dello spettro di operatività del principio di legalità-riconoscibilità, sull'idea di sanzione con contenuto volutamente afflittivo ed ancorata finalisticamente al fatto illecito, piuttosto che alla pericolosità d'autore (v. *supra*, Cap. II, § 5.2). Anzitutto, si può osservare che, da un punto di vista

---

<sup>550</sup> Cfr. CGCE, 16 giugno 2005, in causa C-105/03, *Pupino*, §§ 44 e 45. Si è detto che, in effetti, tale affermazione non vale in assoluto perché, anche nei conflitti triadici, non ha storicamente precluso sentenze volte ad allargare l'area penalmente rilevante (e con effetti negativi sulla sfera individuale derivanti dalla sospensione della *lex mitior*). Ora, è evidente che anche se, analogamente, in tale contesto questa non dovesse venire interpretata come effettivamente ostativa *tout court* rispetto a interpretazioni conformi espansive, le stesse non potrebbero in alcun modo ledere l'affidamento del singolo nel precedente orientamento interpretativo.

<sup>551</sup> In questo senso, osserva la significatività del recepimento della giurisprudenza di Strasburgo da parte di giudici di Lussemburgo A. BALSAMO, *La dimensione garantistica*, cit., 2203 s..

teleologico, un'omologia tra la tradizionale pena detentiva<sup>552</sup> e le altre misure punitive costituisce premessa tendenzialmente condivisa anche dalla dottrina italiana maggioritaria<sup>553</sup> dalla quale, tuttavia, non sempre viene fatta discendere la totale estensione dell'art. 25 – e dell'art. 27 – Cost., limitata nella manualistica ad una più ristretta nozione di pena<sup>554</sup>, non senza talune divergenze in punto di individuazione dei relativi criteri in grado di isolare tale sotto-categoria nell'universo punitivo, questione che viene risolta tendenzialmente in base a due itinerari<sup>555</sup>.

Un primo orientamento, che riprende essenzialmente la nota ricostruzione di Delitala, assume una definizione meramente nominalistica della sanzione penale<sup>556</sup>: non solo costituisce reato ogni illecito cui l'ordinamento ricollega una sanzione penale, ma anche quest'ultimo concetto viene

---

<sup>552</sup> Che in ogni caso risulta "arricchita" o "caricata" di ulteriori funzioni (v. *infra*, § 6.1).

<sup>553</sup> Cfr. la già più volte richiamata definizione di "sanzione punitiva" di P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 63, incentrata sull'idea di «limitazione dei diritti del singolo in conseguenza della violazione di un obbligo, sempre che la limitazione dei diritti sia comminata per impedire la violazione dell'obbligo, e non abbia carattere omogeneo rispetto al contenuto dell'obbligo stesso», sostanzialmente recepita nella letteratura successiva (tra i tanti, v. E. DOLCINI-C.E. PALIERO, *I "principi generali" dell'illecito amministrativo nel disegno di legge "modifiche al sistema penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1154 ss.). In particolare, come si vedrà diffusamente (*infra*, § 4.4) l'omologia tra pena e sanzione amministrativa non appare più essere stata seriamente posta in discussione dopo l'approfondimento monografico di C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1988, *passim*, e, d'altra parte, come ci si accinge ad osservare, tale aspetto è riconosciuto oggi ampiamente anche nella manualistica.

<sup>554</sup> Fa eccezione, in questo contesto, F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale - Parte generale*, 4° ed., Giappichelli, Torino, 2011, 51, che nell'ambito di una delle più ricche e "moderne" introduzioni al concetto di pena che si possono rinvenire nella manualistica italiana, proprio in riferimento alla sentenza *Öztürk* e alle sentenze "gemelle" della Corte costituzionale del 2007, evidenzia come si possa attribuire oggi rango costituzionale alle garanzie penalistiche anche nel settore amministrativo.

<sup>555</sup> Ciò avviene, evidentemente, soprattutto nei testi in cui si accoglie una concezione formale di reato al fine dell'inquadramento del concetto di "materia penale", mentre sul punto non offrono indicazioni utili i manuali che definiscono il concetto di pena in relazione alla tipologia di illecito presupposto e che, quindi, accolgono una definizione sostanziale di reato che, come sottolineato precedentemente (v. *supra*, Cap. II, § 3), non appare funzionale alla determinazione delle garanzie applicabili. Il classico esempio, nel quadro di una concezione della pena spiccatamente retributiva e quindi inevitabilmente definita in relazione al presupposto applicativo piuttosto che in ragione delle sue funzioni, è rappresentato dal manuale di Bettiol, nel quale si nega l'ammissibilità di una definizione del reato in relazione alla sanzione ad esso collegata, concludendo che la pena «è la conseguenza giuridica del reato, cioè la sanzione predisposta per la violazione di un precetto penale» (G. BETTIOL-L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale - Parte generale*, 12° ed., Cedam, Padova, 1986, 789 ss.). Una sorta di priorità della definizione di reato su quella di pena, anche in questo caso non casualmente collegata ad una ricostruzione sostanziale del reato (sulla base della teoria delle *Kulturnormen*), appare oggi ripresa nel manuale di A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale - Parte generale*, 3° ed., Cedam, Padova, 2007, 3 ss. ed in particolare 8, in cui, affianco al criterio qualitativo della gravità dell'illecito, si affida appunto alla riflessione sull'offensività il compito di illustrare i profili sostanziali della distinzione tra gli illeciti penali e quelli amministrativi. Appare, infine, accolta una definizione di materia penale in relazione all'oggetto, e non al modo, della tutela in C. FIORE-S. FIORE, *Diritto Penale - Parte generale*, 3° ed., Utet, Torino, 2008, 1 ss., se non altro nel momento in cui si definiscono aventi natura penale le misure di sicurezza e prevenzione, che pur con la pena non condividono né la qualificazione formale né, almeno nella logica legislativa (che non viene essenzialmente discussa), le finalità.

<sup>556</sup> Rifacendosi alla nota opzione per una definizione nominalistica di pena di G. DELITALA, voce *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, 1095 s., che, pur notando l'omogeneità finalistica con le sanzioni amministrative, perentoriamente affermava che «sono pene vere e proprie solo quelle sanzioni che il legislatore chiama in questo modo» sostengono espressamente la validità di un criterio nominalistico G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2001, 390 (ribadita in G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale - Parte generale*, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2009, 135). Una concezione nominalistica appare caratterizzare, nel momento in cui si affaccia la distinzione tra settore penale e altre manifestazioni del punitivo, anche i manuali di M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, Giappichelli, Torino, 1999, 5 s., e F. MANTOVANI, *Diritto penale - Parte generale*, 6° ed., Cedam, Padova, 2009, XXXIII, nonché quello di D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 3° ed., Giappichelli, Torino, 2009, 3 ss..

ricostruito facendo riferimento al *nomen iuris* e, quindi, al catalogo delle pene principali di cui all'art. 17 c.p. (e all'art. 22 c.p.m.p. per i reati militari)<sup>557</sup>. Pertanto, in tale impostazione, non è possibile scorgere un qualsiasi criterio sostanziale capace di vincolare la scelta legislativa; lo stesso sacrificio della libertà personale è inquadrato esclusivamente in chiave descrittiva (come un denominatore comune delle sanzioni qualificate come penali), e, quindi, privo di ogni valenza prescrittiva.

Proprio in relazione a tale ultimo profilo si distingue un secondo orientamento che caratterizza la manualistica italiana nel quale l'incidenza sulla libertà personale – in via diretta (nella pena detentiva) o indiretta (nella pena pecuniaria) – viene assunta come caratteristica vincolante le qualificazioni legislative e, conseguentemente, lo spettro applicativo delle garanzie penalistiche. Si può, peraltro, distinguere, all'interno di tale filone dottrinale, una prima variante nella quale si riconosce la necessità di allestire lo statuto garantistico “forte” in ogni caso di sanzione attualmente o potenzialmente detentiva ma non si esclude espressamente che questo possa essere esteso ad altre ipotesi sanzionatorie se qualificate come pene dal legislatore<sup>558</sup>. Diversa, invece, la prospettiva volta a riprendere la rigorosa teorizzazione di Bricola fondata sull'incidenza sul bene garantito dall'art. 13 Cost. come carattere necessario e indefettibile della pena, tale da escludere la stessa opportunità di un'estensione analogica dei principi costituzionali ad altre ipotesi sanzionatorie (ed in particolare, alle sanzioni amministrative)<sup>559</sup>.

Siffatta definizione sostanziale di pena appare ancora fortemente radicata nella letteratura italiana, nella quale viene frequentemente riproposto il carattere potenzialmente detentivo della sanzione come pietra angolare per la determinazione dell'applicabilità dei principi costituzionali in materia penale<sup>560</sup>. In effetti, tale impostazione ha il vantaggio indiscusso, rispetto alle concezioni

---

<sup>557</sup> Escludendo, quindi, che possano fungere da criterio identificativo le pene accessorie, le misure di sicurezza o le pene sostitutive della detenzione breve, anche se occorre puntualizzare che nello stesso manuale di Marinucci e Dolcini si sostiene l'estensione del principio di irretroattività all'intero concetto di trattamento penale e, quindi, anche alle pene accessorie, così come si ammette in spazi circoscritti la retroattività delle misure di sicurezza (G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 83 ss.).

<sup>558</sup> In questa prospettiva appare orientarsi T. PADOVANI, *Diritto penale*, 9° ed., Giuffrè, Milano, 2008, 4.

<sup>559</sup> Cfr. la nota ricostruzione di F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, 3 ed., XIX, Utet, Torino, 1973, 45 (sul punto, v. *supra*, Cap. II, § 3). In questo senso appaiono orientarsi, in termini piuttosto espliciti, S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale - Parte generale*, Il Mulino, Bologna, 2007, 39, secondo i quali «l'incidenza sulla libertà personale costituisce, dunque, connotato esclusivo e potenzialmente indefettibile della sanzione penale». In senso conforme, cfr. anche F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 49 ss., e, in termini più sfumati, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale - Parte generale*, 5° ed., Zanichelli, Bologna, 2007, 146, i quali si riferiscono, oltre alla natura amministrativa del procedimento e dell'organo competente ad infliggere la sanzione, alla natura della sanzione prescelta, solo pecuniaria nel settore amministrativo.

<sup>560</sup> Cfr. i significativi termini di M. DONINI, *Teoria del reato*, Cedam, Padova, 1996, 41, allorché afferma: «Non si può credere di avere assicurato per sempre – sfruttando l'argomento del sacrificio della libertà – una interpretazione “massimalista” dei principi penalistici, e quindi di potere adesso abbandonare (“a giochi fatti”) le premesse epistemologiche (e politiche) di quel processo interpretativo; se in altri ordinamenti questi nessi sono stati ampiamente dimenticati, non distinguendosi più, neppure a livello costituzionale, fra diritto punitivo “penale” e “amministrativo”, ciò non può dirsi per la situazione italiana. Di fronte a pene sin da principio definitivamente patrimoniali (cioè non

nominalistiche, coerentemente con una fondazione costituzionale del reato, di delineare un criterio pre-legislativo capace di sottrarre la determinazione della sfera di operatività delle garanzie penalistiche alla discrezione del legislatore. Per altro verso, si tende a superare il problema, come precedentemente segnalato (v. *supra*, Cap. II, § 4), dell'individuazione di una soglia di rilevanza in chiave quantitativa, in grado di isolare un nucleo di sanzioni delle quali, in ogni caso, non si discute l'omogeneità teleologica rispetto alle altre misure punitive<sup>561</sup>, pur consentendo il contenuto limitativo della libertà personale l'ingresso a ulteriori logiche finalistiche, in particolare quella della rieducazione in fase esecutiva<sup>562</sup>.

A questo punto, nella valutazione delle distinzioni prospettate tra i concetti di *punizione* e *pena*, si pongono due quesiti fondamentali: può rappresentare solo il secondo la pietra angolare per la determinazione dello spettro applicativo delle garanzie penalistiche? In caso di risposta negativa, quale quella offerta dalla Corte europea, qual è il significato e l'utilità di una definizione più ristretta di pena? In questa sede, si intenderà rispondere soprattutto al primo quesito; nondimeno, a margine dell'adesione (già prospettata *supra*, Cap. II, § 5.2) alle indicazioni della giurisprudenza di Strasburgo, si svolgeranno alcune brevi osservazioni anche sulla seconda problematica (v. *infra*, § 4.5).

Ora, la prima delle definizioni di pena proposte non è evidentemente recepibile in chiave di definizione dell'ampiezza dello statuto garantistico penale, in quanto ne subordina l'applicabilità alla scelta, libera da ogni vincolo, del legislatore. Oltre al problema dell'esposizione al noto rischio

---

convertibili in pene limitative della libertà) o lesive esclusivamente della pienezza dei diritti all'onore o al lavoro, l'*ethos* giuspubblicistico potrebbe accettare qualche sacrificio della tassatività e della stretta interpretazione, e soprattutto di altri fondamentali principi come quelli di sussidiarietà e di colpevolezza o di irretroattività della legge, la cui fondazione "necessaria" e pregnante risulterebbe fragile senza il richiamo perentorio alla minaccia della sanzione detentiva che in campo penale è stata indispensabile per la loro costruzione». Come si vedrà, l'argomento del sacrificio della libertà personale è anche frequentemente richiamato in dottrina nelle critiche alla disciplina delle misure di prevenzione personale e nelle conseguenti maggiori aperture alla prevenzione patrimoniale (cfr. *infra*, § 6.3).

<sup>561</sup> Cfr. i termini segnalati di F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. De Acutis-G. Palombarini, a cura di, *Funzioni e limiti del diritto penale*, Cedam, Padova, 1984, 51, in cui si osserva che «prevenzione generale e prevenzione speciale mediante intimidazione sono funzioni logiche coesenziali alla sanzione penale: la Costituzione non le ha richiamate, preferendo fissare i criteri che contengono l'espansione delle due funzioni. La funzione di prevenzione generale e speciale (mediante intimidazione) sono comuni alla sanzione amministrativa; muta soltanto, per quest'ultima, il contenuto dell'intimidazione».

<sup>562</sup> Cfr. ancora F. BRICOLA, voce *Teoria generale*, cit., 82, secondo il quale «l'art. 27, 3° comma, pone in luce la funzione rieducativa che si aggiunge, in una configurazione polidimensionale della pena, alla funzione retributiva, momento logico ed ineliminabile della stessa. Che il Costituente non abbia voluto rinunciare a questo secondo momento, pur attribuendo alla funzione rieducativa la maggior forza propulsiva, è dimostrato dall'insistenza con cui l'art. 25 ribadisce la distinzione tra pene e misure di sicurezza. (...) Ossia: la attribuzione di una funzione rieducativa alla pena frena indubbiamente quelle tendenze alla repressione della "volontà" o dell'atteggiamento interiore che sono connesse alla "retribuzione"; per contro, il mantenimento della funzione retributiva, depurata tramite l'accostamento con il fine di prevenzione speciale, da queste perversioni eticizzanti, garantisce che il fine della rieducazione non disancori il reato dal suo necessario contenuto lesivo (espressione quest'ultima dell'ideologia retributiva di marca liberale)». Invero, già in Id., *Tecniche di tutela*, cit., 51, si poteva registrare una maggior sfiducia in distinzioni tra pene e sanzioni amministrative esclusivamente incentrate sul momento personalistico della risocializzazione, indicando come preferibile quello incentrato sull'oggetto di tutela (ciò che implica, appunto, il riconoscimento dell'identità di funzioni preventive, mutandone solo l'oggetto).

della c.d. “truffa delle etichette” – ragione di fondo della qualificazione autonoma di pena elaborata dalla Corte europea e dell’assunzione della qualificazione interna come semplice parametro di partenza (che, in pratica, si traduce in un “non-parametro”) –, appare immotivato il collegamento tra prerogative fondamentali dell’individuo con un criterio meramente formale-nominalistico che finisce per frustrare anche ogni tentativo di elaborazione di una definizione europea di “pena” in un quadro di armonizzazione dei sistemi sanzionatori<sup>563</sup>.

Quanto al collegamento tra garanzie costituzionali e sacrificio della libertà personale, fondata nel quadro giuslegalistico della *Teoria generale del reato* sul combinato disposto dell’art. 13 Cost. con gli artt. 25 e 27 Cost., la questione appare più complessa. Si potrebbe notare, anzitutto, che l’effettiva tenuta di tale criterio non può prescindere da un confronto con una prassi in cui lo stesso risulta oramai del tutto dissolto, il che lo rende inidoneo, più in generale, a delimitare il concetto di materia penale (v. *infra*, § 4.5). Tuttavia, una ridiscussione teorica dello stesso deve muovere necessariamente dall’assunzione di un’idea di sanzione penale effettivamente a contenuto custodiale, almeno in via indiretta, se non altro perché Bricola svolgeva la sua riflessione in epoca immediatamente antecedente alle riforme del 1974 e del 1975 (le quali davano avvio alla “fuga” dalla pena carceraria in Italia) e alla sentenza C. cost. n. 131/1979 con cui veniva dichiarato illegittimo il meccanismo di immediata conversione della pena pecuniaria. Ora, non si può disconoscere che l’argomento dell’incidenza su di un diritto fondamentale quale quello della libertà personale (riconosciuto anche dall’art. 5 Cedu) nella sua intrinseca razionalità, è storicamente apparso piuttosto convincente e, in effetti, ha il merito di aver promosso la quotazione costituzionale del principio di colpevolezza e (sebbene mai accolto in chiave dimostrativa dalla Corte costituzionale) di quello di necessaria lesività dell’illecito penale<sup>564</sup>. Nondimeno, non si possono che segnalare alcune criticità.

Anzitutto, l’*argumentum libertatis*, pur consentendo l’individuazione di una soglia di severità rilevante, rimane ancorato ad una prospettiva quantitativa e, per tale motivo, caratterizzata da una latente arbitrarietà. Può un solo giorno di detenzione considerarsi sempre in grado di incidere maggiormente sulla sfera personale rispetto ad un’ingente sanzione patrimoniale (si pensi alla draconiana *Vermögensstrafe* apparsa nell’ordinamento tedesco) o ad una sanzione interdittiva che

---

<sup>563</sup> In questo senso, come segnalato, risulta senz’altro condivisibile la prospettiva tracciata da M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit - Du code pénal aux droits de l’homme*, Presses universitaires de France, Paris, 1986, trad., *Dal codice penale ai diritti dell’uomo*, Giuffrè, Milano, 1992, *passim*.

<sup>564</sup> Sul punto, cfr. M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 40 s., il quale nota come l’apertura dell’estensione a sanzioni penali diverse da quelle detentive apra la strada ad «una inquietante frattura nelle basi epistemologiche della scienza penalistica» e, ancora, che «non si può credere di aver assicurato per sempre – sfruttando per sempre l’argomento del sacrificio della libertà – una interpretazione “massimalista” dei principi penalistici, e quindi di potere adesso abbandonare (“a giochi fatti”) le premesse epistemologiche (e politiche) di quel processo interpretativo; se in altri ordinamenti questi nessi sono stati ampiamente dimenticati, non distinguendosi più, neppure a livello costituzionale, tra diritto punitivo “penale” e “amministrativo”, ciò non può dirsi per la situazione italiana».

proibisca in modo permanente al soggetto l'esercizio della sua attività professionale? A fronte di un'alternativa così estrema, le seconde ipotesi sembrano effettivamente caratterizzarsi per una maggior invasività ed inesorabilmente, nelle graduazioni intermedie, la distinzione tra sanzioni detentive e patrimoniali/interdittive finisce per risolversi in una questione di natura essenzialmente quantitativa e, quindi, inevitabilmente esposta al disaccordo valutativo<sup>565</sup>. Dopotutto, anche prerogative quali la libertà di movimento, il diritto di proprietà e il correlato diritto di iniziativa economica, promosse dalla stessa normativa sovranazionale, sono oggi annoverate tra i diritti fondamentali dell'individuo. Ma soprattutto, come già segnalato, un criterio incentrato sulla severità implica una sottovalutazione del legame inscindibile tra idea di punizione (qualsiasi punizione) e principio di colpevolezza (v. *supra*, Cap. III, § 3.2) e, pertanto, anche in questo caso la prospettiva della Corte europea risulta preferibile<sup>566</sup>.

Occorre, a questo punto, dar conto di due osservazioni critiche solitamente avanzate per dimostrare l'inopportunità di un siffatto allargamento dello statuto garantistico penale. È stato sostenuto, in particolare, che una maggiore estensione della sfera di operatività dei principi penalistici comporterebbe inevitabilmente una loro conseguente perdita di spessore in quanto disancorati dal fondamento epistemologico "forte" rappresentato dalla pena detentiva<sup>567</sup>. Senonché, tale osservazione è stata sempre sostenuta soprattutto con riferimento ad una necessaria relativizzazione sia del principio della riserva di legge, stante il ruolo che non può essere disconosciuto alla legge regionale in materia di sanzioni amministrative<sup>568</sup>, sia dei canoni di

---

<sup>565</sup> In altri termini, la domanda "quanti giorni di reclusione rendono una sanzione detentiva più severa di un'ingente sanzione pecuniaria o interdittiva?" appare inevitabilmente esposta alla discrezionale valutazione di soggetti razionali, tanto più che lo stesso M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 50, nota come il riferimento alla "gravità" non significa che il reato comporti conseguenze necessariamente più pregiudizievoli dell'illecito civile o amministrativo e che esistono illeciti meramente tributari, patrimoniali, disciplinari o anche morali, che sono gravidi di conseguenze incommensurabilmente più negative di quelle riscontrabili in moltissimi illeciti penali. Analogamente, nota il maggior impatto delle pene interdittive rispetto alle pene pecuniarie e anche alle pene detentive brevi, criticandone la qualificazione come "accessorie", L. FERRAJOLI, *Quattro proposte di riforma delle pene*, in G. Borrè-G. Palombarini, a cura di, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, FrancoAngeli, Milano, 1998, 47.

<sup>566</sup> Appare utile ancora una volta richiamare le considerazioni di D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 1976, 98, secondo il quale «il punto di partenza, l'unico adeguato all'oggetto, è la teoria delle funzioni della pena: solo la giustificazione del perché si punisce può giustificare (o invalidare) particolari esigenze circa i presupposti – anche soggettivi – della responsabilità penale» e di T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 822, secondo il quale «è la tematica della legittimazione sostanziale cui riferire la pena intensa nel suo contenuto intrinseco di "sofferenza legalmente inflitta" che rilancia in primo piano il giudizio di colpevolezza».

<sup>567</sup> È l'impostazione di fondo della *Teoria generale del reato* di Bricola, in quella costruzione volta soprattutto a far risaltare il volto del reato come lesione di beni di rilevanza costituzionale, poi ribadita specificamente in F. BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta "reale" nella politica criminale?*, in *Pol. dir.*, 1982, 361 ss., e richiamata da F. SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1983, 253 ss., nella sua critica alla legge n. 689/1981 in quanto eccessivamente caratterizzata da un modello parapenale, e, come segnalato, da M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 40 s..

<sup>568</sup> Cfr. F. BRICOLA, *La depenalizzazione*, cit., 371. Sul punto, cfr. anche le osservazioni di F.C. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. pen.*, 1986, 50, e C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 138.

personalità e colpevolezza nella prospettiva dell'introduzione di un sistema di corresponsabilità degli enti<sup>569</sup>. Ebbene, mantenendo la distinzione tra i profili storico e astorico del principio di legalità sinora tracciata, occorre riconoscere che se effettivamente il corollario della riserva di legge risulta effettivamente collegato a forme qualificate di punizione (la pena, appunto, secondo la definizione che ne verrà proposta *infra*, § 4.5), ciò non esclude affatto che maggiore debba essere l'estensione dei canoni di legalità e colpevolezza (e, quindi, di riconoscibilità della norma punitiva). Proprio l'esperienza dell'introduzione della responsabilità "amministrativa da reato" delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano, d'altra parte, ha mostrato l'imprescindibile estensione di tali principi – coi dovuti adattamenti, evidentemente, della colpevolezza intesa come categoria – anche a fronte di una non pacifica qualificazione in senso strettamente penalistico della stessa e sulla base dell'inegabile natura punitiva delle sanzioni (v. *infra*, § 4.4). In altri termini, l'idea che il principio di colpevolezza non dovesse essere esteso alle sanzioni amministrative perché ciò avrebbe frustrato ogni possibilità di corresponsabilizzazione degli enti, sebbene alquanto diffusa, si è dimostrata alla prova dei fatti priva di autentico fondamento.

#### **4.2. La riferibilità dell'art. 25, 2° c., Cost. ad ogni misura punitiva come consacrazione della prospettiva convenzionale nella recente giurisprudenza costituzionale italiana.**

Lo spostamento del baricentro garantistico dal concetto di pena a quello di punizione è stato finalmente sancito dalla Corte costituzionale nella recente sentenza n. 196/2010 in quella che risulta essere la prima storica declaratoria di incostituzionalità per violazione del parametro "interposto" rappresentato dalla giurisprudenza sull'art. 7 Cedu dopo le sentenze "gemelle" del 2007. Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale del rinvio all'art. 240 c.p. (e, quindi, all'art. 200 c.p.) da parte dell'art. 186 del codice della strada, affermando così la necessaria irretroattività della confisca del veicolo, il giudice delle leggi afferma che «dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Principio questo, del resto, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale – data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito...») – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in

---

<sup>569</sup> In questo senso, cfr. ancora F. BRICOLA, *La depenalizzazione*, cit., 368, e C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 149.

senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato»<sup>570</sup>.

La sentenza configura un momento di decisa rottura rispetto alla giurisprudenza costituzionale precedente richiamando, piuttosto, le considerazioni svolte in alcune pronunce risalenti agli anni '60. Nella nota sentenza C. cost., n. 29/1961 sulla legittimità dell'imposizione della confisca dei beni prevista nell'ambito delle "sanzioni contro il fascismo", infatti, sebbene si escludesse la natura propriamente penale della misura, la Corte costituzionale si curava di riconoscere il rispetto del principio di personalità della responsabilità dei destinatari della confisca – di fatto ponendosi il problema della natura sostanzialmente punitiva della stessa – e di giustificare l'applicabilità agli eredi in quanto «conseguenza indiretta della diminuzione sofferta dal patrimonio, ovvero, nell'ambito dell'istituto successorio, in quanto trasferimento di obblighi di natura prettamente patrimoniale»<sup>571</sup>. Ancora più significativi erano i termini della sentenza C. cost., n. 78/1967 nella quale si sottolineava come l'esigenza «che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire» risultasse pur sempre «ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione».

Nella giurisprudenza costituzionale successiva, tuttavia, era soprattutto la prima parte dell'argomentazione della sentenza del 1961 ad essere acriticamente recepita<sup>572</sup>. Tra le pronunce più recenti, in particolare, si possono richiamare i termini della sentenza n. 68/1984 in cui la Corte affermava, in modo lapidario, che «il principio della irretroattività delle leggi è stato costituzionalizzato soltanto con riguardo alla materia penale, mentre per le restanti materie la

---

<sup>570</sup> Sull'importanza nell'economia della motivazione del riferimento alla qualificazione autonoma della Corte europea, come premessa maggiore in un ragionamento cadenzato sullo schema del sillogismo (la cui premessa minore è evidentemente la natura punitiva della misura in questione, su cui *infra*, § 4.3), cfr. V. MANES, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e Cedu: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, 535 ss.. Non del tutto condivisibili, in effetti, appaiono le osservazioni di A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 2010, 2308 ss., il quale sottolinea come tale ragionamento sillogistico non fosse di così agevole soluzione. È vero, come evidenzia l'Autore, che la sentenza della Corte europea nel caso *Welch*, richiamata dalla Corte costituzionale in quanto *leading case* in materia di confisca, aveva oggetto una misura del tutto differente (v. *supra*, Cap. II, § 2.2), tuttavia alla luce di uno sguardo d'insieme delle indicazioni di Strasburgo, ed in particolare della giurisprudenza sulle sanzioni amministrative dallo stesso Autore valorizzata, una misura come la confisca del veicolo non avrebbe potuto che essere qualificata come *peine* (nel senso di Strasburgo), anche in assenza di una specifica pronuncia della Corte europea sul punto.

<sup>571</sup> Questione che, peraltro, oggi si ripropone del tutto analogamente nella disciplina delle misure di prevenzione patrimoniali, che ammette la confiscabilità dei beni ereditati dal preposto successivamente alla sua morte, e che dovrà essere valutata alla luce della giurisprudenza della Cedu in materia fiscale, in particolare nei casi *E.L., R.L. e J.O.-L. c. Svizzera*, cit., e *A.P., M.P. e T.P. c. Svizzera*, cit.; sul punto, v. *infra*, § 6.3)

<sup>572</sup> Invero, già nella sentenza C. cost., n. 46/1964, alla cui origine vi erano questioni di legittimità nelle quali si contestava più specificamente il carattere retroattivo della misura disposta dal d. lgs. lgt. del 1944 e che, accogliendo la qualificazione come pena dell'istituto, avrebbe dovuto inevitabilmente trovare accoglimento, la Corte medesima negava l'applicabilità dell'art. 25 Cost.. Nello stesso senso, senza peraltro operare un'opzione netta per la prospettiva nominalistica o incentrata sulla natura detentiva della pena, v. anche la sentenza C. cost., n. 194/1976, nonché le ordinanze nn. 420 e 502 del 1987 (la seconda, invero, relativa al solo profilo della personalità della responsabilità).

osservanza del principio stesso è rimessa alla prudente valutazione del legislatore»<sup>573</sup>. Allo stesso modo, nella sentenza n. 447/1988, l'esigenza di «prefissione *ex lege* di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione» rispetto alle sanzioni amministrative era ricondotta esclusivamente agli artt. 23 e 97 Cost.; ancora, con l'ordinanza n. 159/1994, la Corte dichiarava inammissibile la denuncia di illegittimità dell'impianto sanzionatorio della legge della Regione Sicilia n. 127/1980 per contrasto con l'art. 27 Cost. poiché – in virtù della specificità e autonomia della sanzione amministrativa rispetto al sistema sanzionatorio penale, emergente proprio dal riconoscimento di ordini diversi di parametri costituzionali (art. 25, 2° c., e art. 27 Cost. per le sanzioni penali; artt. 23 e 97 Cost. per la potestà sanzionatoria amministrativa) – il principio della personalità della pena veniva ritenuto non attinente alle sanzioni amministrative<sup>574</sup>.

Con la sentenza n. 196/2010, quindi, la Corte ha compiuto un passo decisivo nell'accoglimento della concezione sostanziale di *matière pénale* elaborata dai giudici di Strasburgo, peraltro mettendone in luce in modo apprezzabile soprattutto il criterio teleologico come determinante ai fini dell'applicazione del principio di legalità<sup>575</sup>. I termini di tale decisione, in continuità con la precedente giurisprudenza della Corte di cassazione proprio in materia di confisca (v. *infra*, § 4.3), sono destinati ad avere importanti ripercussioni sulla legislazione e sulla stessa riflessione dottrinale, rendendo evidente come il senso delle sentenze “gemelle” del 2007 imponga oramai l'accoglimento di una soluzione che, peraltro, caratterizza da tempo i principali ordinamenti europei<sup>576</sup>. Dopotutto, il favore che la giurisprudenza di legittimità e la stessa sentenza della Corte

---

<sup>573</sup> Il giudice remittente, invece, aveva sollevato perplessità sulla compatibilità con l'art. 25 Cost. degli artt. 15 e 21 della legge n. 10/1977 (recante "norme per l'edificabilità dei suoli"), i quali non escludevano esplicitamente la loro applicabilità a fatti commessi anteriormente alla entrata in vigore della legge stessa. Solo in chiave di *obiter dictum*, si notava che «d'altro canto è anche da osservare che la giurisprudenza amministrativa è consolidata nella affermazione che le sanzioni amministrative di cui al ripetuto art. 15 non sono applicabili a costruzioni portate a compimento prima della entrata in vigore della legge n. 10 del 1977».

<sup>574</sup> Nella questione di legittimità costituzionale, in particolare, si denunciava una disciplina in cui non era ammessa la graduazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 29 per l'esercizio non autorizzato di attività di escavazione. Quanto mai interessante risulta il fatto che il giudice remittente invocasse una sorta di specificazione della portata dell'art. 27 Cost. negli stessi artt. 11 e 23 della legge n. 689 del 1981, ritenuti espressione e specificazione del principio di personalità della pena.

<sup>575</sup> Anche il riferimento al carattere afflittivo nella motivazione della pronuncia, in effetti, sembra dover essere letto in chiave finalistica, ossia come esigenza di necessaria comprensione della sofferenza da parte del reo e non come mera incidenza sulla sfera personale che, come detto, accomuna la punizione alle sanzioni civili e alle misure preventive (v. *supra*, Cap. II, §§ 5.1 e 5.2).

<sup>576</sup> Per quanto riguarda l'ordinamento francese, cfr. ad esempio la sentenza del *Conseil constitutionnel*, 17 gennaio 1989, n. 88-248-DC. Peraltro, è significativo che proprio di recente lo stesso *Conseil constitutionnel* abbia fatto proprio un primo riconoscimento nel settore amministrativo anche del principio di colpevolezza (collegato al significato processuale della presunzione d'innocenza) pur non in chiave generale ma in relazione alla gravità delle sanzioni considerate; sulla decisione del 10 giugno 2009, n. 2009-580-DC, cfr. A. CAPPELLO, *Retour sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux sanctions administratives*, in *Rev. sci. crim. et droit pén. comp.*, 2010, 415 ss.. Nel senso dell'estensione del principio di legalità alle sanzioni amministrative, ancora, si orienta il *Tribunal Constitucional* spagnolo, già nelle decisioni nn. 15/1981, 89/1989 e 35/1990. Osserva, pertanto, E. FRÍGOLS I BRINES, *Fundamentos de la sucesión de leyes en el derecho penal español*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2004, 322, come anche le sanzioni amministrative rientrano nell'ambito “indiscusso” di applicazione dell'art. 25 della Costituzione spagnola. Quanto alla posizione del *Bundesverfassungsgericht*, cfr. già la decisione del 11 giugno 1969, n. 26-186.

costituzionale hanno incontrato, dimostra l'insussistenza di contro-limiti significativi ostativi rispetto all'accoglimento di una nozione ampia di pena ai fini dell'estensione dello statuto garantistico. Nel prosieguo della presente trattazione, pertanto, si tenterà di valutare lo stato del recepimento legislativo, giurisprudenziale e dottrinale (ancor più "costituzionalmente doveroso" dopo la sentenza n. 196/2010) delle indicazioni di Strasburgo circa la necessaria estensione dello statuto garantistico penale (nel suo rango sovralegislativo) rispetto ai diversi settori caratterizzati da un'evidente reazione punitiva ad un fatto illecito – in particolare, come già emerso, rispetto agli istituti della confisca e della sanzione amministrativa –, affrontando infine la complessa problematica relativa alle ipotesi di sovrapposizione tra funzioni punitive e funzioni preventive, sulla quale occorrerà tornare in sede conclusiva (v. *infra*, § 6).

#### **4.3. *L'origine del mutamento di paradigma: l'irretroattività della confisca punitiva nella letteratura e nella giurisprudenza di legittimità.***

La confisca è la misura che più ha risentito dell'influenza della qualificazione autonoma di *matière pénale*. In effetti, proprio la misura ablativa costituisce un fondamentale campo di osservazione della relazione tra funzioni e garanzie costituzionali a prescindere da ogni considerazione dell'incidenza sulla libertà personale, dato che, diversamente da quanto avviene in altre esperienze giuridiche, l'ordinamento italiano non conosce alcun meccanismo di conversione in misura detentiva in caso di mancata esecuzione. Nella confisca, infatti, tendono a convivere, in misura diversa a seconda della singola ipotesi considerata, non solo funzioni preventive e punitive, ma anche (nelle ipotesi di confisca c.d. "per equivalente") una vocazione ripristinatoria che funge, peraltro, da fondamentale argomento di legittimazione dell'istituto (così da spiegarne l'inarrestabile diffusione nel contrasto alla c.d. "criminalità del profitto"). Nell'impostare i termini di un confronto con la definizione europea di *matière pénale*, quindi, si rende opportuna una considerazione differenziata delle diverse tipologie di confisca previste dall'ordinamento volta, in questo frangente, a vagliare quelle in cui la funzione punitiva appare decisamente prevalente (se non esclusiva) e, in particolare, la confisca dei proventi del reato (sulla natura della confisca "allargata", *ante e post delictum*, v. *infra*, § 6.3).

È noto che le ricostruzioni in chiave di "pericolosità reale" dell'originaria ipotesi di prevista dall'art. 240 c.p. (articolata tra il primo e il secondo comma della disposizione) si sono espone ad una vivace critica da parte di chi ne ha mostrato le diverse incongruenze di disciplina e l'anima sostanzialmente punitiva<sup>577</sup>. E, in effetti, il fondamentale messaggio veicolato attraverso l'ablazione

---

<sup>577</sup> Nella nota ricostruzione in termini preventivi di M. MASSA, *Confisca (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Giuffrè, Milano, 1961, 982 ss., in particolare, si osservava come la natura discrezionale dei poteri ablativi rispetto al prodotto e al profitto potesse trovare fondamento proprio in un criterio di pericolosità, il quale avrebbe dovuto orientare il giudice nella sua

dei proventi, secondo il quale “il crimine non paga”, rinvia a quella dimensione monitoria della special-prevenzione opportunamente ricondotta dalla Corte europea al concetto di punizione (v. *supra*, Cap. II, § 5.2). Breve, la confisca delle utilità derivanti da reato piuttosto che tendere ad escludere dal circuito economico-sociale un soggetto ritenuto incline al delitto, affianco ad evidenti funzioni di prevenzione generale, mira essenzialmente ad incidere sfavorevolmente sulla sua posizione affinché egli sia dissuaso dal commettere nuovamente tale tipo di violazione, avvertendone l’inconsistenza dei vantaggi e l’incisività della reazione dell’ordinamento. E tali caratteri sono vistosamente più accentuati nelle ipotesi speciali di confisca dei proventi, nelle quali l’accoglimento delle due varianti dell’obbligatorietà e dell’efficacia “per equivalente” rende definitivamente inaccettabili spiegazioni fondate sull’idea di pericolosità dei beni<sup>578</sup>.

---

decisione. In particolare, tale parametro era ritenuto non da intendere come attitudine della cosa a cagionare un danno, bensì come possibilità che quest’ultima, qualora lasciata nella disponibilità del reo, venisse a costituire per lui un incentivo a commettere ulteriori illeciti nella consapevolezza di poter comunque godere dei proventi del reato. Tale idea veniva ribadita rispetto alla confisca del prezzo, la cui obbligatorietà era giustificata sulla base del fatto che in tale ipotesi la sussistenza di tale qualità era da ritenersi presunta; il venir meno del regime facoltativo, quindi, si spiegava con il fatto che la valutazione discrezionale del giudice in questo caso era inutile, avendo il corrispettivo del reato una maggior carica motivazionale in quanto sempre incentivante la commissione di nuovi reati. Tali conclusioni sono state nel corso degli anni sottoposte ad una serrata critica da parte di autorevole dottrina, sulla scorta dei plurimi elementi differenziali rinvenibili nella disciplina della confisca rispetto a quella delle altre misure di sicurezza. Anzitutto, è stata osservata l’inconciliabilità di una logica preventiva con il requisito della condanna dell’imputato, il quale delinea un percorso nettamente diversificato rispetto alle altre misure di sicurezza e connesso, piuttosto che alla pericolosità, alla punibilità del reato presupposto. Inoltre, è stato notato come, nell’ipotesi del corrispettivo del reato, il regime obbligatorio non possa che spiegarsi in una logica punitiva, a meno di non dover ricorrere ad un meccanismo di presunzione di pericolosità rinnegato dallo stesso legislatore con l’abrogazione dell’art. 204 c.p. D’altra parte, anche nelle ipotesi facoltative, la valutazione del giudice è stata ritenuta priva di parametri orientativi peculiari e, conseguentemente, l’idea di pericolosità “reale” considerata come una «nozione ibrida, inafferrabile, disposta ad aprirsi a scelte fortemente soggettive, intuitive, che costituiscono collaudati veicoli di infiltrazioni repressive», che peraltro emergono con evidenza se solo si considera la durata perpetua della confisca, unico tratto comune a tutte le ipotesi ablativo, tale da non consentire alcuna cessazione dell’efficacia a seguito di un successivo accertamento di non pericolosità. In questi termini, cfr. A. ALESSANDRI, voce *Confisca*, in *Dig. disc. pen.*, 4 ed., III, Utet, Torino, 1989, 46. In senso analogo, cfr. G. GRASSO, *Art. 240*, in M. Romano-G. Grasso-T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2011, 524 ss..

<sup>578</sup> Il regime obbligatorio, anzitutto, comporta un’efficacia imperativa che, prescindendo definitivamente da ogni criterio in grado di orientare la discrezione del giudice, finisce per accentuare la funzione deterrente della misura, come notano D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali*, cit., 227 ss., e S. FURFARO, voce *Confisca*, in *Dig. disc. pen.*, 4 ed., Agg. III, Utet, Torino, 2005, 202. Appare significativo, d’altra parte, che in relazione alla prima apparizione di tale variante, nella confisca c.d. doganale, la stessa Corte costituzionale segnalasse la stretta interdipendenza tra una maggior incisività della misura e talune esigenze garantistiche (C. Cost., n. 229/1974, con cui la Consulta escludeva l’efficacia della misura in caso di appartenenza a persona estranea al reato alla quale non fosse imputabile un difetto di vigilanza) e che autorevole dottrina riconoscesse nella misura un inequivocabile connotato punitivo fondato su criteri di giustizia propri della pena in senso stretto (così G. VASSALLI, *Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato*, in *Giur. cost.*, 1977, 412). In secondo luogo, la possibilità di agire, in caso di impossibilità di apprensione del provento, su di una somma di valore corrispondente rompe definitivamente ogni legame di “pertinenzialità” del bene confiscato con il reato – ciò che rimaneva uno degli ultimi appigli argomentativi a sostegno della logica della pericolosità reale – e conduce, in effetti, ad una certa sovrapposizione per contenuto alla pena pecuniaria. Come osservato da A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in C.E. Paliero-E. Dolcini, a cura di, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, 2108, «la fungibilità dei beni ricavati dal reato con una somma monetaria di pari valore sgombera la scena della confisca da qualunque residua inclinazione ad accedere alla nozione di pericolosità delle cose, che si trasferirebbe al reo».

Per quel che concerne la presunta venatura ripristinatoria di tale ipotesi di confisca – posta alla base dell’originale disciplina del *Verfall* nell’ordinamento tedesco<sup>579</sup> e riconosciuta anche nella giurisprudenza di legittimità così come da alcuni settori della dottrina<sup>580</sup> –, si può rilevare che essa non si manifesti affatto come esclusiva o prevalente, dato che la misura ablativa opera in ogni caso in via accessoria rispetto agli strumenti deputati ad assolvere il compito di riequilibrare la situazione economica preesistente al reato<sup>581</sup>. Piuttosto, allora, l’equivalenza tra provento e ammontare confiscato appare rinviare alla logica retributiva di proporzione tra lesione e sanzione (v. quanto già osservato *supra*, Cap. II, § 5.1). Anche nel settore della responsabilità degli enti, laddove la confisca potrebbe maggiormente giustificarsi in termini di riequilibrio patrimoniale (in quanto sussidiaria rispetto al risarcimento del danno), l’accoglimento del *Bruttoprinzip* nella giurisprudenza di legittimità sembra conferire all’istituto una valenza (iper)deterrente più coerente con l’idea di punizione<sup>582</sup>; d’altra parte, una metamorfosi delle funzioni della misura è stata rilevata anche da

---

<sup>579</sup> Cfr., in proposito, le osservazioni ed i riferimenti bibliografici relativi alle critiche emerse nella letteratura tedesca in L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Cedam, Padova, 1997, 94 e ss..

<sup>580</sup> Ad esempio, nell’applicazione in caso di concorso di persone nel reato, la Suprema Corte ha affermato che la confisca per equivalente può interessare indifferenteemente ciascuno dei concorrenti anche per l’intera entità del profitto accertato. Tale orientamento prende le mosse dalla sentenza Cass., 16 gennaio 2004, n. 15445, in *Foro it.*, 2204, II, 685 ss., poi ribadita di recente nelle pronunce Cass., 6 febbraio 2009, n. 19764, e Cass., 28 luglio 2009, n. 33409, non avendo avuto seguito quel diverso orientamento espresso nella sentenza Cass., 5 giugno 2006, n. 1252, invero riferita al sequestro, in cui si era affermato il limite del profitto personale di ogni concorrente, ancorché determinato in via presuntiva. E la Corte di cassazione giustifica la diversa soluzione proprio facendo riferimento ad un principio “solidaristico” che, ambiguamente ricondotto alla struttura monistica del concorso di persone, in realtà rinvia proprio ad una logica risarcitoria della misura tale da giustificare l’accoglimento del canone di ripartizione del danno stabilito dall’art. 187, 2° c., c.p., come osserva criticamente D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali*, cit., 259 ss.. Inoltre, in un passaggio chiave della pronuncia che ha circoscritto l’applicazione dell’art. 322 *ter* c.p. agli illeciti tributari commessi dopo l’entrata in vigore della legge n. 244/2007 (di cui si dirà a breve), si indica una «funzione essenzialmente ripristinatoria dell’ordine economico alterato dalla commissione del fatto illecito» e, nel prosieguo, e specificamente in relazione alla materia trattata, si legge che «detta funzione, peraltro, appare ancora più evidente con riferimento ai reati previsti dal d. lgs. n. 74/2000, assolvendo la confisca per equivalente direttamente ed in modo evidente la funzione di ripristino dell’ordine finanziario dello Stato leso dall’illecito tributario». In letteratura, riconosce la natura compensativa delle ipotesi di confisca dei proventi, in particolare, A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano, 2001, 462 s. e 503 ss..

<sup>581</sup> Anche l’art. 644 c.p., nel momento in cui prevede che la confisca per equivalente in tema di usura operi solo a condizione che vengano fatti salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento dei danni, non sembra ammettere una vera sussidiarietà dello strumento, bensì considerare l’ipotesi eccezionale che l’intervento ablativo ponga il reo nella condizione di non poter adempiere alle obbligazioni civili derivanti dal reato. D’altra parte, in riferimento all’ipotesi prevista in materia tributaria segnalata alla nota precedente, è agevole notare come la confisca operi in modo contestuale rispetto agli istituti di recupero delle somme evase, effettivamente volti al ripristino dell’ordine economico violato.

<sup>582</sup> Con la sentenza Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, le Sezioni Unite hanno sostanzialmente affermato che anche rispetto alla confisca prevista dall’art. 19 del d. lgs. 231/2001, debba trovare accoglimento il principio del lordo, sostenendo che «il profitto del reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca, (...), è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato» e ammettendo la sola deducibilità «dell’effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato». Cfr., sul punto, V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente in cerca d’identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1784 ss., il quale esprime perplessità rispetto alla soluzione adottata dalla Suprema Corte proprio in virtù di una logica ripristinatoria che dovrebbe informare la confisca prevista dall’art. 19 del d. lgs. n. 231/2001 (anche in relazione al differente dato testuale rispetto all’art. 240 c.p.) e che se estesa al profitto lordo assume inevitabilmente una valenza punitiva, poiché «l’apprensione dell’intero ricavo, proprio per il suo cieco rigore, non solo attribuisce, in generale, alla confisca del profitto un carattere marcatamente punitivo, ma genera una pena patrimoniale fortemente sospetta

alcuni settori della dottrina tedesca proprio con riferimento alla riforma del *Verfall* che, nel 1992, ha accolto la medesima soluzione<sup>583</sup>.

Infine, si comprende come, proprio sul terreno della confisca per equivalente, si sia assistito al primo autentico recepimento della giurisprudenza della Corte europea da parte della Corte di cassazione che, a fronte dei problemi di diritto intertemporale creati dalla progressiva diffusione di tale ipotesi speciale, ha affermato il rango costituzionale del principio di irretroattività – dopo alcune pronunce in cui le giurisdizioni interne (tra cui la stessa Suprema Corte) avevano ceduto alla “tentazione” di riferirsi alla regola di cui all’art. 200 c.p. – riconoscendo proprio, pur con qualche incertezza terminologico-classificatoria, la natura punitiva di tale ipotesi ablativa<sup>584</sup>.

Identica soluzione, peraltro, deve essere accolta relativamente alle nuove ipotesi di misura ablativa previste per determinati beni collegati alla consumazione del reato (sorta di forme “evolute” della confisca degli strumenti) nelle quali si disperdono i contenuti preventivi in favore di una funzione volutamente afflittiva e, anzi, quasi simbolico-stigmatizzante. Si pensi, ad esempio,

---

d’incostituzionalità e, comunque, eccessivamente onerosa nella maggior parte dei casi». In proposito, cfr. anche le considerazioni di F. BOTTALICO, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1754 ss., critico nei confronti dell’effetto iperdeterrente che la complessiva risposta sanzionatoria viene ad assumere, rispetto ad una misura che, almeno nei confronti dell’ente lecito, dovrebbe mirare esclusivamente a neutralizzare il vantaggio economico. Traspare, in particolare, l’intenzione di conferire all’istituto una funzione generalpreventiva mediante una risposta che, tutt’altro che neutra, mira ad apprendere una somma superiore rispetto al profitto effettivo, così da “compensare” la probabilità della condanna, rinviando ad una logica di “costo atteso” della sanzione che viene a dipendere dalla probabilità di condanna (di talché più questa è improbabile, più la previsione sanzionatoria deve essere elevata rispetto al guadagno del reo). Di contrario avviso, A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 569 ss., che sostiene che l’accoglimento del principio del lordo, oltre ad essere opportuno, non snatura il carattere compensatorio della confisca del profitto, anche se nella stessa argomentazione si segnala come tale soluzione meglio garantisca esigenze di prevenzione generale.

<sup>583</sup> Cfr. L. FORNARI, *Criminalità del profitto*, cit., 99 ss., che segnala come la riforma abbia riaperto il dibattito dottrinale sulla natura della misura e come, in effetti, il principio del lordo, apprezzabile in chiave di piena operatività dell’istituto, abbia proiettato l’istituto oltre le mere esigenze di compensazione, favorendo la comprensione del *Verfall* in accordo alle classiche funzioni della pena. Nemmeno la “clausola di onerosità” prevista dal § 73 vale a restituire una valenza ripristinatoria alla misura, in quanto applicabile solo in caso di provvedimenti che potrebbero ridurre il destinatario in stato di estrema indigenza. Del tutto analoga, peraltro, si presenta la sostituzione nella legislazione statunitense del concetto di *profits* con quello di *proceeds* realizzata nel 1984 (sul punto, A. ALESSANDRI, *Criminalità economica*, cit., 2138 ss.).

<sup>584</sup> Le prime affermazioni di questo genere sono state rese in una serie di interventi della Suprema Corte sull’ipotesi prevista all’art. 322 *ter* c.p., in occasione dell’estensione ai reati tributari operata dal d. lgs. n. 74/2000. In questo senso, cfr. Cass., 24 settembre 2009, n. 39172, in *Cass. Pen.*, 2009, 3416 ss., e la coeva Cass., 24 settembre 2009, n. 39173, sulla scia delle sentenze Cass., 18 giugno 2007, n. 30543, in *Foro It.*, 2008, III, 173, e Cass., 8 maggio 2008, n. 21566, che superavano il precedente contrario rappresentato dalla sentenza Cass., 6 luglio 2006, n. 30729. Coerentemente, la soluzione è stata riproposta dal giudice di legittimità in riferimento all’ipotesi introdotta dalla legge sui reati transnazionali – con la sentenza Cass., 29 gennaio 2009, n. 11912, che, tuttavia, si riferisce al semplice riconoscimento del principio di legalità nell’art. 49 della Carta di Nizza piuttosto che alla ben più significativa prospettiva Cedu – e rispetto all’art. 648 *quater* c.p., con la sentenza Cass., 28 luglio 2009, n. 33409. Nelle pronunce segnalate, peraltro, si può notare come la confisca venga catalogata nei più diversi modi, talvolta espressamente come “sanzione penale” (nella sentenza sui reati tributari) e, in altri casi, come “misura sanzionatoria” o anche “misura di sicurezza di carattere sanzionatorio”. Il che sembra testimoniare una certa difficoltà nell’utilizzo delle definizioni e, in particolare, nel riconoscere che ai fini dell’estensione del principio di legalità la confisca per equivalente è senza dubbio una “sanzione penale”, ma che ad altri scopi può anche essere conservata una distinzione classificatoria rispetto alle pene tradizionali (v. *infra*, § 4.5), che peraltro ha già ricadute precise in tema di applicabilità in caso di estinzione del reato (v. *infra*, § 4.4).

alla confisca dei terreni abusivamente lottizzati – sulla quale si è pronunciata proprio la Corte europea osservandone i tratti punitivi nel caso *Sud Fondi*, soprattutto in relazione all’operatività della stessa rispetto ad aree ben più estese di quelle effettivamente edificate<sup>585</sup> (v. *supra*, Cap. II, § 2.2) – ovvero alla confisca del veicolo prevista per determinate ipotesi di guida in stato di ebbrezza in ordine alla quale, in assenza di una giurisprudenza di legittimità sufficientemente consolidata, è stata la Corte costituzionale a dover intervenire (con la sentenza commentata *supra*, § 4.2) riconoscendo l’implausibilità di una qualificazione in termini preventivi<sup>586</sup>.

Se nel prosieguo occorrerà vagliare misure ablativo nelle quali il rapporto tra punizione e prevenzione appare più complesso (v. *infra*, § 6.3), si possono ora già verificare le ricadute che la giurisprudenza testé segnalata ha con riferimento al settore delle sanzioni amministrative.

#### **4.4. (segue)... e le ricadute nel settore delle sanzioni amministrative.**

La “stagione” di riquilibratura della confisca autorizza a ritenere oramai superata ogni delimitazione della sfera di operatività del principio di legalità fondata sull’*argumentum libertatis*; è evidente, pertanto, che i termini della giurisprudenza di legittimità e, soprattutto, della Corte costituzionale non possono che avere immediate ricadute rispetto al settore delle sanzioni amministrative, alle quali deve essere esteso lo statuto garantistico penale nel suo rango costituzionale. La soluzione indicata dalla giurisprudenza della Corte europea, che poteva essere considerata una “svolta radicale” ai tempi della sentenza *Öztürk*<sup>587</sup>, appare essere oramai una realtà difficilmente discutibile.

Come già osservato, infatti, la natura punitiva delle sanzioni amministrative è ampiamente accolta nella letteratura italiana e, in particolare, si deve all’approfondimento monografico di Paliero e Travi il definitivo riconoscimento dell’omogeneità teleologica tra le ipotesi riconducibili

---

<sup>585</sup> Risulta significativo, in effetti, il fatto che nella sentenza *Sud Fondi* la Corte europea si curi di distinguere la confisca dei terreni dall’ordine di demolizione degli edifici abusivamente costruiti. Cfr., in particolare, il § 140 della pronuncia di merito, in cui si afferma che «l’estensione della confisca in assenza di ogni indennizzo non si giustifica in relazione allo scopo dichiarato, ossia di conformare i terreni alla legislazione urbanistica. Sarebbe stato ampiamente sufficiente prevedere la demolizione delle opere abusive e dichiarare inefficace il progetto di lottizzazione». Sulle vicende della confisca urbanistica, cfr. le ampie considerazioni di G. TUCCI, *Ascesa e caduta della confisca “urbanistica”*, in G. Tucci, a cura di, *Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo*, Cacucci, Bari, 2009, 61 ss.

<sup>586</sup> Venendo, infatti, alla “premessa minore” del sillogismo che caratterizza la pronuncia, non si possono che condividere le osservazioni della Corte costituzionale allorché rileva, rifacendosi alle considerazioni svolte nella questione di legittimità sollevata dal Gip di Lecce, la natura sanzionatoria della confisca del veicolo, in quanto applicabile anche al veicolo incidentato e inutilizzabile (e quindi privo di pericolosità oggettiva), senza peraltro impedire l’impiego di altri mezzi da parte dell’imputato dalla guida pericolosa.

<sup>587</sup> Così era definita significativamente nel titolo della nota alla sentenza *Öztürk* di C.E. PALIERO, *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione “classica” a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985. La soluzione adottata dalla Corte europea, in effetti, era già stata precorsa in alcune ricostruzioni dottrinali precedenti che, tuttavia, erano rimaste minoritarie. Oltre la già segnalata opinione di P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente*, cit., 63, la tesi era sostenuta, ad esempio, da E. CANNADA-BARTOLI, voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XX, Giuffrè, Milano, 1970, 123, e M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Jovene, Napoli, 1983, 71 ss..

al modello generale di cui alla legge n. 689/1981 e le sanzioni penali<sup>588</sup>. Si notava, anzitutto, come ogni concezione “materiale” della sanzione amministrativa, fondata sulla qualificazione in relazione al tipo di precetto violato, oltre a sottendere posizioni di tipo ideologico, operasse un’indebita inversione metodologica non riuscendo a proporre autentici criteri discretivi, bensì esclusivamente direttive di razionalità legislativa<sup>589</sup> (argomento condiviso *supra*, Cap. II, § 3). Concentrando lo sguardo sulla sanzione, fatte salve alcune rare ipotesi di stampo più spiccatamente preventivo o ripristinatorio<sup>590</sup>, si osservava una finalizzazione dello strumento amministrativo alla prevenzione generale e speciale (nel senso monitorio dello «scoraggiamento dei singoli e dell’intera collettività da comportamenti indesiderati») perfettamente sovrapponibile a quella tipica della pena<sup>591</sup> – e, quindi, un’affinità tra i due istituti non fondata esclusivamente sul contenuto afflittivo<sup>592</sup> – senza peraltro negare un’“autonomia” e “specificità” della sanzione criminale fondata essenzialmente sulla portata stigmatizzante della stessa espressa da determinati caratteri strutturali individuabili nel diritto positivo<sup>593</sup> (profilo sul quale si dovrà tornare a breve).

---

<sup>588</sup> Sulla natura “parapenale” della disciplina delineata dalla legge n. 689/1981, cfr. C.E. PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima “codificazione” del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. dir.*, 1983, 117 ss.; E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 594 ss.; D. SPIRITO, *Dalle modifiche al sistema penale alle modifiche al sistema amministrativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1042 ss.. Sul punto, in chiave critica, cfr. anche F. BRICOLA, *La depenalizzazione*, cit., 364 ss., e F. SGUBBI, *Depenalizzazione*, cit., 253 ss.. Ad un modello civilistico-risarcitorio, affacciandosi nei disegni di legge, veniva così preferito un sistema analogo a quello della legge tedesca del 1968 sulle *Ordnungswidrigkeiten*, appunto oggetto del giudizio della Corte europea nella sentenza *Öztürk*; su entrambi i profili, cfr. E. DOLCINI-C.E. PALIERO, *I “principi generali”*, cit., 1154 ss., e E. DOLCINI-C.E. PALIERO, *L’illecito amministrativo (Ordnungswidrigkeit) nell’ordinamento della Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1134 ss..

<sup>589</sup> Cfr. C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 8 ss e 74 ss.. Nello stesso senso M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 11. Si ripercorrono, in effetti, le già segnalate posizioni di Delitala e Zanobini. Non recepibile, pertanto, il criterio adottato da E. CANNADA-BARTOLI, voce *Illecito*, cit., 118, fondato sulla consequenzialità rispetto ad un reato (cfr. le critiche rispetto a talune enunciazioni in questo senso della Corte europea svolte *supra*, Cap. 2, § 3).

<sup>590</sup> Cfr. C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 122 ss., che, proprio in riferimento alla misura della confisca amministrativa, distinguevano le ipotesi di confisca-pena in senso tecnico da quelle di confisca-misura di sicurezza. Sul punto, cfr. anche la distinzione tracciata sulla base di un’ampia indagine comparatistica tra “potere punitivo” e “potere coattivo” dell’autorità amministrativa in C.E. PALIERO, *Il “diritto penale-amministrativo”: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1980, 1263 ss., il quale riconduce al secondo, appunto, le misure di stampo preventivo così come gli istituti di carattere ripristinatorio.

<sup>591</sup> Cfr. C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 307 s.

<sup>592</sup> Cfr. C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 91 s., in cui si notava, in particolare, come questo sia comune anche ad istituti preventivi o risarcitori. Come si è osservato precedentemente, infatti, non è tanto il contenuto sfavorevole a caratterizzare la dimensione della punizione, quanto il suo essere “volutamente” tale, coerente con le funzioni di deterrenza e intimidazione o con una prospettiva rigidamente retributiva. Nello stesso senso, cfr. M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 2 ss..

<sup>593</sup> Cfr. C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 22 ss., e 319 ss., in cui, conseguentemente, si sottolineava l’opportunità di un razionale riparto tra intervento penale e intervento amministrativo, tale da far corrispondere alle differenze qualitativo-quantitative tra illeciti quelle qualitativo-quantitative riscontrabili tra le sanzioni, veicolate attraverso diversi elementi “strutturali” rinvenibili nel diritto positivo. Non diversa l’impostazione di M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 14 ss., che richiama parimenti un criterio strutturale (il contenimento delle sanzioni all’interno dell’ordinamento giuridico amministrativo) anch’esso volto ad esplicitare una ridotta funzione stigmatizzante.

Tuttavia, nonostante tali premesse argomentative, sulla base di un argomento letterale e sistematico e pur dando conto dell'intervento della Corte europea nel caso *Öztiirk*, veniva ancora escluso il rango costituzionale del principio di legalità nel diritto penale amministrativo, confinato nella dimensione legislativa sancita dall'art. 1 della legge n. 689/1981 e riferito piuttosto ai meno stringenti canoni di cui agli artt. 23 e 97 Cost.<sup>594</sup>. Proprio sulla scorta della recente giurisprudenza costituzionale, invece, sembra doversi definitivamente riconoscere non solo la necessaria estensione dello stesso art. 25, 2° c., Cost. anche al settore penale amministrativo, bensì anche della colpevolezza come *Schuldidee* (declinata come necessaria tipicità soggettiva dallo stesso art. 3 della legge n. 689/1981), a maggior ragione dopo la sentenza *Sud Fondi*<sup>595</sup>, il che impone il conseguente recepimento di un canone di riconoscibilità dal quale dedurre l'efficacia esimente all'ignoranza inevitabile della legge penale, così permettendo di colmare interpretativamente la lacuna della legge n. 689/1981 in tema di errore di diritto<sup>596</sup>. In questo senso, assumerebbero rilevanza difetti di conoscibilità derivanti da un'applicazione giurisprudenziale incerta ovvero, più frequentemente, da quegli "elementi positivi" (nei termini della giurisprudenza di legittimità in materia di buona fede nelle contravvenzioni) o di "natura mista" (nei termini della sentenza C. cost. n. 364/1988) rappresentati dalla condotta "ingannevole" (ancorché "lassista") delle pubbliche amministrazioni (v. *supra*, Cap. III, § 4.2)<sup>597</sup>. Più complesso, invece, anche in relazione allo stato attuale della

---

<sup>594</sup> Cfr. C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 135 ss., in cui in base a ragioni di carattere storico e sistematico si rinviava, quindi, ad una dimensione meno rigorosa del principio di legalità, facendo in effetti riferimento proprio a quell'argomento dell'indebolimento della riserva di legge che tuttavia, come già segnalato precedentemente (v. *supra*, § 4.1), non appare pertinente nel momento in cui ci si limiti a considerare l'estensione del solo profilo storico del principio di legalità.

<sup>595</sup> Sempre in senso contrario, invece, C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 149 s., ma riferendosi anche in questo caso ad un argomento, quello della necessità di corresponsabilizzare le persone giuridiche mediante lo strumento amministrativo (riprendendo la tesi di F. BRICOLA, *Depenalizzazione*, cit., 368), che si è rivelato storicamente superato (come si vedrà a breve) ma anche all'opportunità di prevedere meccanismi di responsabilità oggettiva che, tuttavia, non può essere condivisa. Dopotutto, gli stessi Autori nell'indagine sulla struttura della responsabilità ne osservavano i doverosi collegamenti con il principio di colpevolezza (cfr. *ivi*, 209). Significativo risulta il fatto che M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 95 ss., nell'estendere l'operatività dell'art. 27 Cost. al settore delle sanzioni amministrative, sottolinei il diverso atteggiarsi della colpevolezza nel settore amministrativo proprio in relazione alle persone giuridiche, tendendo a ridurre i profili personalistici della colpevolezza nel settore amministrativo, in chiave critica rispetto al dettato dell'art. 11 della legge n. 689/1981.

<sup>596</sup> Sul punto, cfr. in particolare F. BRICOLA, *Depenalizzazione*, cit., 365 s., che criticamente notava come il legislatore non avesse nemmeno tentato di codificare una soluzione consacrata nella legislazione straniera sugli illeciti amministrativi (in particolare quella tedesca) e affacciatisi proprio nella giurisprudenza sulla "buona fede" in materia contravvenzionale. D'altra parte, osservavano C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 201 ss., la possibilità di estendere (quasi analogicamente) tale giurisprudenza al settore degli illeciti amministrativi se non altro in virtù del fatto che la sentenza n. 364/1988 ricollegesse tale soluzione anche a referenti costituzionali come gli artt. 2 e 3 Cost., valevoli a prescindere dalla qualificazione penalistica, anche se poi gli stessi richiamavano direttamente, non senza una certa contraddizione, proprio la doverosa estensione del principio di riconoscibilità ad ogni intervento sanzionatorio. Peraltro, nella legge n. 689/1981 manca anche la specificazione di una regola come quella prevista dall'art. 8 della l. 516/1982, ora confluita nel d.lgs. 74/2000, la cui possibile interpretazione come deroga all'art. 5 c.p., tuttavia, non è affatto pacifica (v., in particolare, M. DONINI, *Errore sul fatto ed errore sul divieto nello specchio del diritto penale tributario*, in *Ind. pen.*, 1989, 145 ss.).

<sup>597</sup> Significative, in proposito, alcune sentenze della Corte di cassazione civile che ha ammesso l'applicabilità analogica dell'art. 5 c.p. in materia amministrativa, proprio in situazioni in cui si manifesti un "elemento positivo" che induca in

giurisprudenza della Corte europea, risulta ipotizzare un'effettiva valorizzazione di quell'esigenza di riconoscibilità "sostanziale", ossia alla luce di una valutazione "obiettiva" del contenuto dei precetti in relazione alle tipologie di destinatari (esclusivamente in chiave riduttiva, per quanto osservato *supra*, Cap. III, § 4.3), che tuttavia proprio nel settore c.d. penale amministrativo potrebbe avere le rifrazioni applicative più significative.

Ancorché non strettamente attinente al problema della riconoscibilità, peraltro, si deve segnalare che, in assenza tali contro-interessi di rilevanza costituzionale, anche la tradizionale esclusione della *lex mitior* sembra meritare oramai una riconsiderazione<sup>598</sup>, se non altro alla luce delle affermazioni della sentenza *Scoppola* (v. *supra*, Cap. III, § 2.3)<sup>599</sup>. Ancora, la considerazione del principio di colpevolezza dovrebbe avere precise ricadute, anch'esse imposte dalla giurisprudenza della Corte europea, in termini di inammissibilità delle ipotesi di responsabilità oggettivo-solidale di stampo civilistico previste dall'art. 6 della legge n. 689/1981<sup>600</sup>, così come di ogni forma di cumulo tra sanzioni penali e amministrative se riferite alle medesime condotte illecite<sup>601</sup>.

---

errore l'agente; in questo senso, cfr. da ultimo Cass. civ., 22 novembre 2006, n. 24803; Cass. civ., 6 novembre 2006, n. 23621; Cass. civ., 13 settembre 2006, n. 19643; Cass. civ., 26 ottobre 2004, n. 20776.

<sup>598</sup> Il principio, come noto, non è recepito nella legge n. 689/1981, con una scelta legislativa condivisa da C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 176 s., e di cui ha preso atto la giurisprudenza di legittimità annotata in senso adesivo da C. PIERGALLINI, *Argomenti per l'"autonomia" dell'illecito amministrativo: il nodo della "lex mitior"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1551 ss.. Ora, pur non negando l'effettiva specificità della sanzione penale (ricostruita anche da quest'ultimo Autore proprio in riferimento allo stigma veicolato, oltre che dall'incidenza sulla libertà personale, dal processo penale, secondo una tesi che verrà considerata a breve), non si vede perché questa imponga l'esclusione nel settore amministrativo di un principio dettato da un canone, quello dell'art. 3 Cost., che non è certo limitato al settore criminale *strictu sensu* e che non ha potrebbe essere bilanciato, secondo un criterio di "positiva ragionevolezza" solo sulla base della più modesta entità delle sanzioni amministrative. Si condivide, pertanto, la tesi divergente già sostenuta da M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 81 ss..

<sup>599</sup> Incidentalmente, peraltro, si può notare che il superamento di una distinzione rigida tra i settori penale e penale amministrativo sembra condurre alla conclusione che le regole dell'art. 2 c.p. potrebbero governare anche le vicende intertemporali nei processi di depenalizzazione, essendovi ravvisabile una sostanziale successione di leggi penali. In senso parzialmente contrario, cfr. M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Jovene, Napoli, 2008, 148 ss., secondo il quale nessuna continuità normativa si può riscontrare nella trasformazione di una fattispecie di reato in un illecito amministrativo, cosicché si rende necessaria l'applicazione contestuale della disciplina dell'*abolitio criminis* rispetto alla responsabilità penale e dell'irretroattività in riferimento alla creazione dell'illecito amministrativo, pur aprendo lo stesso Autore alla possibilità di regimi transitori differenti espressamente regolati. Nello senso dell'impossibilità di estendere analogicamente la disciplina dell'art. 2, 4° c., c.p., peraltro, si orienta la giurisprudenza di legittimità (penale), con posizione recepita dalla sentenza Cass., Sez. Un., 16 marzo 1994, in *Cass. pen.*, 1994, 2659. Tuttavia, maggiormente condivisibili appaiono le critiche di A. ALBANO, *Nuovo codice della strada, depenalizzazione e diritto transitorio*, in *Cass. pen.*, 1995, 1806 ss., il quale osserva come l'omologazione legislativa delle categorie della pena e della sanzione amministrativa potrebbero giustificare l'estensione interpretativa della disciplina della successione di leggi penali, pur ritenendo anch'egli preferibile, effettivamente, un'esplicita disciplina transitoria costruita sul modello dall'art. 40 della legge n. 689/1981 (in ogni caso temperata nei suoi possibili effetti deteriori dal seguente art. 41, come notava già F. BRICOLA, *La depenalizzazione*, cit., 369 s.).

<sup>600</sup> Nota F.C. PALAZZO, *I criteri*, cit., 53, come la regola della solidarietà si ponga in contrasto col principio di colpevolezza, che pure ispira la legge n. 689/1981, sebbene lo stesso Autore ammette (in maniera non condivisibile) tale soluzione in riferimento ad illeciti minori. Nello stesso senso, cfr. E. DOLCINI, *Sanzione penale*, cit., 621.

<sup>601</sup> Anche se l'art. 9 della legge n. 689/1981 tende effettivamente a risolvere le ipotesi di concorso tra sanzione penale e amministrativa rifacendosi al criterio della specialità, osserva F. CONSULICH, *"Materia penale" e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 97 s., come non siano rare le ipotesi di cumulo improprio di sanzioni, in particolare nel settore del diritto penale ambientale. Ora, l'identità di funzioni, struttura dell'illecito e l'impossibilità di richiamarsi a interessi tutelati ontologicamente differenti deve senza dubbio

Rispetto alla considerazione “panpenalistica” (ai fini delle garanzie) delle sanzioni amministrative in questa sede prospettata, occorre far fronte a due ordini di obiezioni: anzitutto, non appaiono giustificati (o comunque legittimi) i timori relativi ad una perdita di efficacia dello strumento<sup>602</sup> poiché, invero, analoghi *standard* di efficienza possono essere mantenuti anche da una disciplina conforme ai principi di colpevolezza e legalità<sup>603</sup>, mentre non si vede il motivo per cui ogni ulteriore concessione alle logiche preventive non debba meritare le stesse censure che si registrano nel diritto penale “classico”, non potendo certo rappresentare contro-limiti di rilievo costituzionale e ostativi rispetto all’accoglimento della giurisprudenza della Corte europea. Invero, determinate preoccupazioni che si registrano nella dottrina sembrano piuttosto evocare gli spettri di un intasamento della giustizia penale quando invece, come si avrà modo di osservare a breve, anche l’estensione (parimenti dovuta) di determinati diritti processuali non esclude la possibilità di ricorrere a modelli di accertamento fortemente differenziati ed evidentemente più snelli nell’ambito penale amministrativo (v. *infra*, § 4.5). In effetti, anche l’ammissione di diverse ripartizioni dell’onere probatorio ovvero di regole di giudizio meno rigorose di quella dettata dall’art. 531 c.p.p.

---

impedire ogni tipo di cumulo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative almeno ogni qual volta il concorso di norme risulterebbe apparente se entrambe le violazioni fossero, ad esempio, qualificate come penali. La soluzione, peraltro, è imposta dalla stessa giurisprudenza della Corte europea, se si considera la sentenza della Grande Camera *Serguei Zolotoukhine c. Russia*, 10 febbraio 2009, §§ 47 ss., in cui è stata dichiarata la violazione dell’art. 4 del Protocollo n. 7, che sancisce il principio del *ne bis in idem* in materia penale, in ragione del cumulo tra procedimenti penali e procedimenti amministrativi fondati, tuttavia, sui medesimi fatti ascritti, proprio in virtù della natura sostanzialmente penale delle sanzioni applicate all’esito dei secondi. In questo senso, deve essere salutata con favore quella tendenza giurisprudenziale che mira a scongiurare in via interpretativa ogni sovrapposizione che può venirsi a creare in presenza di discipline disorganiche. Esempio di tale tendenza può essere considerata la recente sentenza Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1963, che valorizza in maniera decisa il criterio di specialità (pur tentando faticosamente di non abbandonare il paradigma della “specialità in astratto”), ma anche la pronuncia del Tribunale di Torino del 18 marzo 2011 che, in riferimento agli artt. 185 e 187 *ter* T.U.F., tenta di ricostruire gli ulteriori e più pregnanti elementi distintivi della fattispecie di aggravi così da ritagliare spazi operativi autonomi dell’analoga fattispecie amministrativa (sul punto, cfr. D. FALCINELLI, *Il giudice, l’antifrasi e una “Fata morgana”: se il tipo del pericolo concreto esprime un’offesa di danno (di un bene astratto)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2011). Con riguardo all’ultimo caso, in effetti, è evidente che il riconoscimento dell’assoluta identità del contenuto degli illeciti porterebbe a due alternative entrambe insoddisfacenti, ossia l’accettazione di un cumulo di sanzioni contrario al principio di *ne bis in idem*, ovvero ad una sorta di prevalenza per il procedimento conclusosi prima (quasi sempre quello amministrativo, con sostanziale disapplicazione del precetto penale).

<sup>602</sup> Non si condividono, in questo senso, le osservazioni di F.C. PALAZZO, *I criteri*, cit., 54 ss., secondo il quale una maggiore efficacia della sanzione amministrativa sarebbe dovuta, in linea generale, all’allontanamento dai fondamentali principi penalistici, sostanziali e processuali.

<sup>603</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Sanzione penale*, cit., 623 ss., e ID., *Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 797 che dopo aver osservato i caratteri parapenali della disciplina di cui alla legge n. 689/1981 auspica una conseguente valorizzazione del ricorso alle sanzioni amministrative proprio in quanto in grado di esplicare un’azione preventiva analoga a quella della sanzione criminale. Non si possono che condividere, inoltre, le considerazioni di C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 1027 ss., il quale prende in considerazione anche gli inevitabili vantaggi economici rappresentati da strategie di contrasto amministrativo-patrimoniali. Naturalmente, poi, occorre valutare il profilo dell’effettività della sanzione amministrativa, rispetto alla quale, per evitare i gravissimi problemi sorti nell’ambito dell’esecuzione delle pene pecuniarie, potrebbe essere auspicabile un sistema di commisurazione a tassi (evidentemente non impostato su tassi “giornalieri”, riferibile all’ipotesi detentiva, ma “adattato” come avviene nella sistema della responsabilità degli enti), trasponendo nel settore amministrativo la proposta di L. GOISIS, *La pena pecuniaria - Un’indagine storica e comparata*, Giuffrè, Milano, 2008, *passim*.

nel procedimento amministrativo, non giunge a negare il ruolo di primo piano ricoperto dal principio di colpevolezza in ogni tipologia di manifestazione del potere punitivo.

In base ad una seconda obiezione, in un certo senso legata alla prima, l'estensione dello statuto garantistico penale si risolverebbe in un'"amministrativizzazione" del diritto penale contraria alle logiche deflattive<sup>604</sup>. Invero, al contrario, una maggiore consapevolezza dell'omogeneità funzionale tra sanzioni penali e amministrative appare costituire presupposto imprescindibile per un'ulteriore valorizzazione dei modelli patrimoniali e interdittivi in un quadro di diversificazione delle politiche punitive, senza che ciò comporti, appunto, un indebito sacrificio delle garanzie liberali<sup>605</sup>. Proprio in tale direzione, d'altra parte, sembra essersi orientata l'adozione della normativa sulla responsabilità degli enti, il cui dibattito circa la *vexata quaestio* della relativa natura deve essere considerevolmente "sdrammatizzato" alla luce delle osservazioni sinora svolte. Il carattere evidentemente punitivo delle sanzioni applicabili<sup>606</sup>, infatti, preclude che ogni disquisizione sulla loro natura (penale, amministrativa o di *tertium genus*) possa riflettersi sull'estensione (doverosa) delle garanzie dettate dallo *Schuldprinzip* – con i dovuti adattamenti sul piano della *Strafbegründungsschuld* in ragione delle peculiarità del referente soggettivo considerato<sup>607</sup> – potendo esclusivamente incidere sul problema dell'integrazione delle lacune legislative indifferenti allo statuto garantistico<sup>608</sup>. In fondo, non è un caso che, più in generale, il problema della

---

<sup>604</sup> Cfr. ancora F.C. PALAZZO, *I criteri*, cit., 54, nonché, a commento della giurisprudenza *Öztürk*, le segnalate considerazioni svolte in AA. VV., *La «matière pénale» au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, in *Rev. sci. crim. et droit pén. comp.*, 1987, 821 e 852 (v. *supra*, Cap. 2, § 4).

<sup>605</sup> In questo senso, cfr. E. DOLCINI, *Sui rapporti*, cit., 796.

<sup>606</sup> Cfr., tra i tanti, G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1161 ss., e G. FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1399 ss., i quali non dubitano dell'appartenenza delle sanzioni al *genus* delle misure punitive, salvo poi ricondurle ad un "terzo binario" distinto dalla pena (secondo il criterio della funzione rieducativa). Evidentemente, il carattere punitivo è osservato anche dagli Autori che riconoscono una natura schiettamente penale delle sanzioni per gli enti; in questo senso cfr. V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una "truffa delle etichette" davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 900 ss., e G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 170 ss., i quali giustificano tale soluzione, tra le altre ragioni, in virtù dell'applicabilità all'esito di un procedimento penale e della relativa natura stigmatizzante in una prospettiva, per quanto si dirà a breve, oltremodo interessante. Come osservato, tuttavia, non risultano condivisibili entrambe le ricostruzioni nel momento in cui fanno dipendere la quotazione costituzionale delle garanzie proprio dalla qualificazione "penale" (piuttosto che amministrativa o di *tertium genus*). Si tratta, peraltro, di un'opinione piuttosto diffusa, se si considerano i termini di L. STORTONI-D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti; quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, 7 ss., e R. GUERRINI, *La responsabilità degli enti. Sanzioni e loro natura*, Giuffrè, Milano, 2006, 35 ss., ma che alla luce della sentenza C. cost. n. 196/2010 (e ancor prima, appunto, della giurisprudenza della Corte europea), non può essere accolta.

<sup>607</sup> In particolare, sul punto cfr. le "moderne" aperture di C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F.C. Palazzo, a cura di, *Societas puniri potest*, Cedam, Padova, 2003, 22 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: parte generale*, in C.F. Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro, diretto da, *Trattato di diritto penale*, IV, Giuffrè, Milano, 2008, 38 ss.

<sup>608</sup> In effetti, manca ad oggi, per ragioni comprensibili (recenti sono le prime applicazioni nella stessa giurisprudenza interna), una presa di posizione della Corte europea sul punto specifico. Tuttavia, anche sulla scorta delle (seppur prudenti) considerazioni di V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, *Cass. pen.*,

distinzione tra qualificazione penale o amministrativa emerga soprattutto in relazione a tali profili non strettamente legati ai principi di colpevolezza e legalità come, ad esempio, in materia di confisca del veicolo al fine di risolvere dubbi concernenti la disciplina del sequestro rilevante e l'organo applicatore<sup>609</sup> e soprattutto, ancora in materia di confisca, nell'ambito del dibattito circa l'applicabilità della misura in assenza di condanna e, specificamente, in caso di estinzione del reato per prescrizione<sup>610</sup>.

Infine, si consideri che quanto testé osservato in riferimento al settore amministrativo non può che valere anche relativamente agli illeciti tributari e disciplinari, almeno se di origine pubblicistica<sup>611</sup>, ancorché la giurisprudenza della Corte europea solo sui primi abbia espresso un

---

supplemento al n. 6/2003, 31 ss. ed in particolare 43 ss., si deve ritenere doverosa la riconduzione al concetto di *matière pénale* di sanzioni con dichiarato carattere special-preventivo (monitorio) e, meno dichiarato, general-preventivo, in certi casi coincidenti con le sanzioni penali codicistiche.

<sup>609</sup> Cfr. in proposito F. VIGANÒ-G.L. GATTA, *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti: pena o sanzione amministrativa accessoria? Riflessi sostanziali e processuali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2010, in cui la qualificazione della misura è funzionale alla determinazione dell'autorità competente, del tipo di sequestro applicabile e del regime di diritto intertemporale. Quanto all'ultimo profilo, in relazione al quale gli Autori accolgono la tesi qui criticata dell'impossibilità di riferirsi alla disciplina della successione delle leggi penali in cambio di sostituzione di una misura penale con una amministrativa, occorre segnalare che in ogni caso questo non concerne l'operatività del principio di legalità (tanto che appunto, la soluzione suggerita dagli Autori viene fondata proprio sull'estensione di questo al settore amministrativo). La soluzione della natura amministrativa, peraltro, è stata infine confermata dal nuovo intervento legislativo della legge n. 120/2010, pur con alcuni problemi di diritto intertemporale rispetto alle sorti dei sequestri precedentemente posti in essere. V. in proposito L. PADULA, *Sequestro e confisca dopo la riforma del codice della strada nell'alternanza fra giurisdizione e politica giudiziaria*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011. Tale opzione legislativa, in effetti, è legittima nella misura in cui la disciplina del sequestro amministrativo richiamata è conforme alle garanzie processuali di cui all'art. 6 Cedu, altrimenti riproponendosi la necessità di ricorrere alla definizione ampia di *peine* elaborata dai giudici di Strasburgo, come osserva puntualmente V. MANES, *La confisca "punitiva"*, cit. 541 s..

<sup>610</sup> Proprio il problema della prescrizione, dati i brevi termini in materia contravvenzionale, fonda quell'indirizzo giurisprudenziale che qualifica come amministrativa la confisca urbanistica, in modo da ammetterne l'operatività anche in assenza di condanna per il reato di lottizzazione abusiva, orientamento confermato anche a seguito del giudizio *Sud Fondi*, essendosi limitata la Suprema Corte a correggere la propria posizione esclusivamente rispetto alla necessità di un accertamento dell'elemento soggettivo del reato (Cass., 29 aprile 2009, n. 17865; Cass., 30 aprile 2009, n. 21188; Cass., 9 luglio 2009, n. 36854). Ma lo stesso problema è tuttora oggetto di forti contrapposizioni proprio in riferimento all'ipotesi generale di confisca del prezzo del reato di cui all'art. 240, 2° comma, n. 1, c.p.. Se nella nota sentenza delle Sezioni Unite De Maio (Cass., Sez. Un., 10 luglio 2008, n. 38834, in *Cass. pen.*, 2009, 1392 ss., con nota di Ielo, *Confisca e prescrizione: nuovo vaglio delle sezioni unite*), la Corte di cassazione adottava una soluzione più aderente al dato codicistico, lanciando un monito al legislatore perché intervenisse a modificare un assetto ritenuto non coerente con le esigenze di politica criminale, proprio tali esigenze, a fronte dell'inerzia parlamentare, hanno recentemente fondato il *revirement* del giudice di legittimità (Cass., 25 maggio 2010, n. 32273) che, in composizione semplice (ciò che fa presagire un nuovo intervento delle Sezioni Unite nel prossimo futuro), ha affermato che non solo l'ipotesi generale di confisca del prezzo deve ritenersi svincolata dall'intervento di una condanna, ma anche quella di cui all'art. 12 *sexies* della legislazione antimafia (in cui, addirittura, la formula "nei casi di condanna" è contenuta all'inizio dell'unico periodo della disposizione). In ogni caso, si specifica, l'operatività della confisca non può sfuggire agli stessi presupposti, oggettivi e soggettivi, i quali, se non fossero maturati i termini di prescrizione, avrebbero fondato la condanna del soggetto, il che, per altro verso, impone anche che tali valutazioni avvengano in una sede processuale adeguata, e quindi non sommaria e comunque nel contraddittorio delle parti, anche in relazione alla sentenza della Corte europea, *Paraponiaris c. Grecia*, 25 settembre 2008, § 33. Sul punto, cfr. le ampie considerazioni di M. PANZARASA, *Confisca senza condanna?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1672 ss.. L'impressione, tuttavia, è che la qualificazione in senso amministrativo di una misura con chiare finalità punitive, rispetto alla quale peraltro si richiede comunque l'espletamento di un autentico procedimento penale, sia alquanto strumentale e che realmente non si giustifichi una diversa considerazione della confisca rispetto alla pena al confronto con la punibilità del reato.

<sup>611</sup> In questo senso, puntualmente, E. CANNADA-BARTOLI, voce *Illecito*, cit., 123, il quale osserva come nell'illecito disciplinare pubblico si realizzi un rimprovero che ne giustifica la piena riconduzione all'alveo dell'illecito

orientamento oramai consolidato, mentre rispetto ai secondi cade ancora in alcune (criticabili) esitazioni (v. *supra*, Cap. II, §§ 3 e 4). E analoga considerazione, evidentemente, meritano anche quelle conseguenze disciplinari della condanna o (addirittura) del procedimento penale regolati dalla legge n. 97/2001<sup>612</sup>, o le misure interdittive previste nella legislazione sui contratti pubblici nei confronti degli imprenditori che subiscono determinate sanzioni penali, tradizionalmente applicate in modo retroattivo<sup>613</sup>.

#### 4.5. *Che cosa rimane della nozione di pena?*

A questo punto della trattazione, nasce spontaneo chiedersi che senso abbia mantenere una distinzione tra le nozioni di punizione e di pena, una volta equiparate sul piano della funzione e delle garanzie. In effetti, sembra ancora utile l'isolamento di un sottosistema nell'universo del punitivo costituito da sanzioni in grado di esprimere un maggior disvalore etico-sociale<sup>614</sup> e, quindi, di riflettere – oltre le peculiarità che il reato conserva rispetto agli altri illeciti a livello di struttura<sup>615</sup> – il parallelo maggior disvalore di determinate tipologie di illecito. Ogni definizione, in fondo, ha

---

amministrativo, superando approcci fondati sull'idea inconsistente di “rapporto di supremazia speciale”, con relativa sottoposizione al principio di legalità. Nello stesso senso, cfr. G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Giuffrè, Milano, 1970, *passim*. D'altra parte, per quel che concerne le sanzioni disciplinari di matrice privatistica, riconducibili alla categoria delle c.d. “pene private” (già considerate *supra*, Cap. 2, § 5.1), in ragione delle analoghe finalità punitive, l'ordinamento potrebbe semplicemente stabilire la nullità di qualsiasi pattuizione che ne dovesse ammettere l'applicazione “imprevedibile” (ma, in fondo, anche in assenza di un giudizio di colpevolezza in qualche modo formulabile). In proposito, appare significativa la recente sentenza del *Conseil constitutionnel*, n. 2010-85, del 13 gennaio 2011, che si è riferita direttamente al principio di legalità previsto dall'art. 8 della Dichiarazione dei diritti del 1879 al fine di valutare la legittimità di una misura civile a carattere punitivo (in quanto determinata nel suo ammontare mediante moltiplicazione della somma equivalente al danno).

<sup>612</sup> Sul punto, cfr. V. MANES, *Commento all'art. 7*, in S. Bartole-P. de Sena-V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, in corso di pubblicazione, 16 del dattiloscritto.

<sup>613</sup> Come segnala opportunamente A. TRAVI, *Corte europea*, cit., 2326.

<sup>614</sup> Nelle parole di chi riconosce l'omogeneità teleologica tra pena e altre manifestazioni della penalità, come già accennato, è proprio la maggior efficacia espressiva della prima, e quindi la capacità della stessa di assolvere maggiormente le medesime funzioni, che viene assunto come elemento distintivo della sanzione criminale. Il che ricorre tanto nelle riflessioni di chi si riferisce all'incidenza sulla libertà personale, quanto in quelle di chi da tale elemento contenutistico ammette di poter prescindere. In particolare, in questo secondo senso si orientano nella letteratura di lingua inglese le note impostazioni di A. VON HIRSCH, *Censure and sanctions*, Clarendon Press, Oxford, 1993, 6 ss. e *passim*, e J. FEINBERG, *The expressive function of punishment*, in J. Feinberg, *Doing and deserving*, Princeton university press, Princeton, 1970, 96 ss.; su quest'ultima prospettiva, in particolare, cfr. le osservazioni di G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 589 ss. Peraltro, una prospettiva simile risultava già caratterizzare, nella letteratura tedesca, la riflessione di von Bar sulla disapprovazione morale contro la quale si scagliava F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, J. Guttentag, Berlin, 1905, trad., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962, 21 ss.; più di recente, cfr. i riferimenti citati da E. DOLCINI, *Sanzione penale*, cit., 621 alla nota 122. Nella dottrina italiana, a distinguere la pena dal diritto punitivo in ragione della “solenne squalificazione sociale”, cfr. già G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 311 s., così come P. NUVOLONE, voce *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, 788, riferendosi al significato sociale degli “effetti penali” e dello *status* di condannato. Nello stesso senso, più di recente, cfr. C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa*, cit., 1021 ss., che, in continuità con i precedenti scritti in materia, indica la natura non stigmatizzante della sanzione amministrativa come unico elemento discriminante “sicuro” rispetto alle sanzioni criminali. Sul punto, v. anche F. CONSULICH, *"Materia penale"*, cit., 89.

<sup>615</sup> Su quest'ultimo profilo, cfr. in particolare M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 49 ss..

una validità relativa rispetto alla propria portata teleologica: se ai fini dell'estensione dello statuto garantistico non può che valere un concetto "ampio" e "pre-legislativo" di pena, ciò non esclude che, per esigenze di razionalità della politica criminale, si possa ricorrere ad una nozione legislativa più ristretta. E se la prima definizione ha sicuramente una valenza dimostrativa, permettendo una declaratoria di illegittimità (costituzionale, convenzionale) rispetto alle scelte difformi del legislatore, la seconda appare evidentemente connotata da tratti maggiormente "politici", in quanto chiamata ad isolare un sottoinsieme di sanzioni da collegare agli illeciti più significativi, con quest'ultima opzione a sua volta presidiata dal principio di offensività (a prescindere dalla valenza critica o dimostrativa che a quest'ultimo si voglia accordare).

Come dimostrano proprio i processi di depenalizzazione, infatti, il riconoscimento dell'omogeneità di funzioni tra pena e sanzioni amministrative non comporta in ogni caso l'abbandono della prospettiva critica rappresentata dagli inquadramenti "sostanziali" del reato rispetto alle scelte di tecnica di tutela (rilanciata proprio dalla successiva circolare della Presidenza del Consiglio del 19 dicembre 1983)<sup>616</sup> e che può essere declinata proprio con riferimento ad una nozione più ristretta e specifica di sanzione criminale. Le stesse esigenze di razionalità della politica criminale impongono, infatti, che un dato qualitativo-quantitativo (come quello della portata stigmatizzante) rispecchi le differenze analogamente qualitativo-quantitative tra illeciti<sup>617</sup>. D'altra parte, proprio il significato maggiormente "politico" di tale seconda accezione di pena autorizza ad associare (esclusivamente) a questa il profilo "storico" della legalità rappresentato dal corollario della riserva di legge, la cui *ratio* di democraticità e di unità dell'ordinamento – volta ad escludere, rispettivamente, fonti governative o amministrative e fonti locali ancorché di origine democratica – sembra essere chiamata in causa solo da reazioni punitive "qualificate" (si pensi alla stessa, indiscussa, facoltà per i privati di prevedere "pene private" per l'inosservanza di obblighi contrattuali, su cui *supra*, Cap. II, § 5.1). In altri termini, in una "geometria variabile" dei principi, diversi appaiono risultare i baricentri dei canoni di colpevolezza e di legalità-riconoscibilità, da un

---

<sup>616</sup> In effetti, a seguito dell'emanazione della circolare e della precedente costruzione di una parte generale dell'illecito amministrativo ad opera della legge n. 689/1981, la dottrina tornava ad interessarsi del problema dei criteri di riparto tra tecniche di tutela. In questa direzione, ad esempio, si muovevano le riflessioni di T. PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Ind. pen.*, 1986, 952 ss.; F.C. PALAZZO, *I criteri*, cit., 35 ss.; E. DOLCINI, *Sui rapporti*, cit., 778 ss.

<sup>617</sup> Cfr., in questo senso, la riflessione di C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., *passim* ed in particolare le conclusioni alle pagine 307 ss.. Ma la stessa struttura potrebbe anche essere mantenuta valida in una prospettiva meramente quantitativa, incentrata sulla severità della sanzione e della gravità degli illeciti come meri dati distintivi tra diritto penale e diritto penale amministrativo, dato che comunque un criterio meramente quantitativo, fondato sui gradi di appartenenza o vicinanza, si rivela utile.

lato, e di offensività/proporzione e riserva di legge, dall'altro, rispettivamente individuabili nei concetti di funzione punitiva e stigma criminale<sup>618</sup>.

Ipotizzata l'utilità del mantenimento di una nozione più ristretta di pena incentrata su di una peculiare espressività che le dovrebbe permettere di assolvere con maggior efficacia le (medesime) funzioni preventive rispetto a beni primari, occorre considerare quali elementi possano effettivamente riflettere tale caratteristica. Ora, anche in questa diversa prospettiva ("critico-descrittiva" piuttosto che "dimostrativa") pare opportuno respingere il criterio nominalistico, non tanto perché avente natura discrezionale, bensì in quanto scarsamente significativo soprattutto in un momento storico caratterizzato da un'ipertrofia della qualificazione penalistica<sup>619</sup>. In effetti, l'onere rappresentato da una di perdita, nel lungo periodo, della gravidanza della qualificazione come reato non è stato storicamente tenuto in considerazione dai diversi legislatori, preoccupati a garantire una risposta, solo apparentemente a "costo zero", alle più diverse richieste di tutela. Si ritiene, allora, che un criterio utile in chiave politico-criminale di isolamento della nozione di pena debba esso stesso "contenere" gli elementi che ne consigliano, anche nell'immediato, la limitatezza dell'utilizzo, potendo sintetizzare vantaggi e svantaggi del ricorso allo strumento penale.

In questo senso, sembra potersi utilmente muovere proprio dalla perdita di centralità cui ha assistito nella prassi il parametro dell'incidenza sulla libertà personale, a seguito di un processo legislativo di "disintegrazione del sistema sanzionatorio" (caratterizzato dal progressivamente aumento dello scarto tra "pena teorica" e "pena effettiva")<sup>620</sup> al quale ha contribuito la stessa Corte costituzionale che, con la sentenza n. 131/1979, dichiarava illegittima la disciplina della conversione "diretta" delle pene pecuniarie – individuando, peraltro, un segmento temporale, precedente all'entrata in vigore della legge n. 689/1981, in cui è venuto a mancare ogni collegamento tra la nozione legislativa di pena principale (pecuniaria) e la limitazione della libertà

---

<sup>618</sup> Anche M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, 50 ss., nota come il fatto che il reato non sia più direttamente qualificabile riferendosi alla pena detentiva, quanto piuttosto alla portata socialmente esclusiva mediante stigmatizzazione della reazione dell'ordinamento che tuttora lo rende un *aliud* rispetto alle altre reazioni punitive, interrompe quella "tirannia dei principi" che li vuole tutti massimizzati. Anche tale considerazione autorizza a individuare l'operatività dei principi sulla base di caratteri propri della reazione all'illecito e, quindi, una loro diversa estensione "orizzontale".

<sup>619</sup> Nella stessa riflessione di Delitala, in effetti, la prospettiva nominalistica avrebbe dovuto veicolare un maggior giudizio di disvalore etico-sociale derivante dal *nomen iuris*: cfr. G. DELITALA, voce *Diritto penale*, cit., 1096, laddove si afferma che «a differenza delle pene vere e proprie, le misure amministrative non implicano un giudizio di disvalore etico-sociale nei confronti di coloro cui vengono applicate». Tuttavia, già alla fine del diciannovesimo secolo, come segnala C.E. PALIERO, "Minima non curat praetor", Cedam, Padova, 1985, 4 s., Frank aveva osservato la proporzione inversa che intercorre tra l'utilizzo della sanzione qualificata come penale e la forza intimidatrice della stessa, che scema come "quella di un farmaco se somministrato quotidianamente".

<sup>620</sup> L'avvio di tale processo può essere individuato nella riforma della sospensione condizionale del 1974, alla quale hanno fatto seguito le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario nel 1975 (e poi nel 1986) e l'introduzione delle pene sostitutive. Per un'ampia panoramica in chiave critica sul punto, cfr. il saggio, di cui si è richiamato il titolo, di T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss..

personale<sup>621</sup> – e che è culminato nell'introduzione della competenza del giudice penale, con la costruzione di un apparato sanzionatorio che, ancorché qualificato come “penale”, esclude ogni conseguenza custodiale<sup>622</sup>. Come è stato osservato, l'eclissi del sinallagma rigido sanzione penale-sacrificio della libertà personale<sup>623</sup> fa emergere uno «*specifico qualitativo* della scelta politica di penalizzazione di una certa condotta» che appare sempre più risiedere, oltre che negli “effetti penali”, nelle stesse modalità di accertamento dell'illecito penale, veicolato attraverso l'efficacia stigmatizzante del processo<sup>624</sup>.

Senza sottovalutare taluni problemi istituzionali dischiusi da tale prospettiva, e tenendo conto della necessità di arginare determinati eccessi di invasività nei poteri di accertamento da parte della polizia e della stessa autorità giurisdizionale<sup>625</sup>, sembra allora che, nell'attuale dimensione storica, proprio il procedimento penale sia l'elemento maggiormente qualificante il *discrimen* tra pena e altre manifestazioni della penalità<sup>626</sup>. Pur non potendo, per evidenti ragioni, sviluppare compiutamente in questa sede tale tesi – che, in parte, evoca la risalente ricostruzione di Zanobini, significativamente richiamata talvolta nella letteratura penalistica<sup>627</sup> –, nella piena consapevolezza

---

<sup>621</sup> Come notano C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 21.

<sup>622</sup> Sul punto, cfr. gli interventi raccolti in L. PICOTTI-G. SPANGHER, a cura di, *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive*, Giuffrè, Milano, 2003. Più di recente, v. il bilancio tratteggiato da F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, in G. Fornasari-M. Marinelli, a cura di, *La competenza civile e penale del giudice di pace*, Cedam, Padova, 2007, 101 ss., nel quale si nota la prevalenza statistica della pena pecuniaria sulla sanzione della permanenza domiciliare, mentre del tutto marginale appare il ricorso al lavoro di pubblica utilità.

<sup>623</sup> Cfr. i termini già segnalati di M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 52, che osserva come «la corrispondenza biunivoca fra reato e perdita effettiva della libertà è dunque erronea sul piano della realtà effettuale e normativa, ma anche dei principi». Nello stesso senso, cfr. G. FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione* (a cura di G. Marinucci-E. Dolcini), Giuffrè, Milano, 1985, 148, il quale segnalava il ridimensionamento della portata euristica del riferimento all'art. 13 Cost. negli stessi termini di F. BRICOLA, *Il II e il III comma dell'art. 25*, in G. Branca, diretto da, *Commentario alla Costituzione, Art. 24-26 - Rapporti civili*, Zanichelli, Bologna, 1981, 272 ed in particolare alla nota 2, proprio a seguito della sentenza C. cost., n. 131/1979.

<sup>624</sup> L'osservazione e i termini virgolettati sono di V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005, 140 s., il quale nota come a fronte di una domanda di pena dilagante e le evidenti insufficienze del sistema sanzionatorio, ossia proprio di fronte alla perdita di centralità dell'*argumentum libertatis*, affiori l'immagine del processo come primo surrogato del momento repressivo, in grado di veicolare, anche attraverso la “contiguità patologica” dei mezzi di informazione, la vera efficacia stigmatizzante della qualificazione penale, a partire già dal momento dell'informazione di garanzia. Anche attraverso l'istituto della custodia cautelare, sempre più caricato dall'opinione pubblica e dagli stessi *mass media* della funzione di reazione immediata e necessaria all'illecito, si delinea un'immagine del “processo come sanzione”. Nello stesso senso si possono leggere le osservazioni di P. NUVOLONE, voce *Pena*, cit., 788.

<sup>625</sup> Cfr. ancora V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 142, che nota i rischi connessi a tale mutamento del ruolo del procedimento penale rispetto a quello tradizionale che gli era riconosciuto nella prospettiva illuministica, riflettente la tripartizione dei poteri nelle diverse fasi della normazione, dell'accertamento e dell'esecuzione penale.

<sup>626</sup> Nell'indagine di C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 19 ss. e 93 ss., si optava piuttosto per un esame “combinato” di una pluralità di fattori in grado di esprimere lo stigma criminale, non negando radicalmente il valore dell'argomento del procedimento applicabile o tantomeno quello della libertà personale, ma proponendo altresì una rosa di criteri “strutturali” positivi propri della sanzione amministrativa. In epoca attuale, se come osservano gli stessi Autori ogni indagine va inquadrata nella sua dimensione storica, sembra però che sia stato proprio il procedimento applicabile ad avere assunto significato, senza per questo negare che in altri contesti sulla portata stigmatizzante della sanzione potrebbero incidere effettivamente il suo contenuto (privativo della libertà personale) ovvero lo stesso *nomen iuris*.

<sup>627</sup> Cfr. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca, Torino, 1924, 40 ss., il quale assumeva il criterio dell'autorità irrogante come distintivo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. La tesi appare sviluppata nella

che tale indagine imporrebbe una complessa elaborazione di una definizione “formale” (piuttosto che “strumentale”) della stessa nozione di “procedimento penale”<sup>628</sup>, si può comunque osservare come anche una visione “panpenalistica” delle garanzie non implichi il rischio di un intasamento della giustizia penale, ben potendo i differenti modelli di accertamento riflettere la specificità della pena in senso stretto. Si richiede, in effetti, esclusivamente una compatibilità degli stessi con le garanzie processuali fondamentali in materia punitiva la quale appare assicurata in maniera adeguata dalla disciplina attualmente vigente nell’ordinamento italiano dell’impugnazione delle sanzioni amministrative<sup>629</sup>. Ed è significativo, d’altra parte, che proprio con riferimento ai principi del procedimento meno adattabili ad una concezione ampia di *matière pénale* (quale la pubblicità del procedimento), la stessa Corte europea recuperi una distinzione tra un *Kernstrafrecht* ed altre sanzioni punitiva fondata, come accennato in precedenza, proprio sul “*degree of stigma*”<sup>630</sup>.

---

letteratura penalistica da F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale - Parte generale*, Giuffré, Milano, 1947, 353 ss., secondo il quale «due note, infatti, distinguono le pene criminali dalle altre pene pubbliche: una concerne l’organo che le applica, l’altra il modo con cui vengono applicate. L’organo è l’Autorità giudiziaria; il modo è quel caratteristico insieme di atti che costituisce il processo», posizione recepita da G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Giappichelli, Torino, 1988, 28 ss.. Nello stesso senso, cfr., M. GALLO, *La persona umana nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, 430 s., e ID., voce *Capacità penale*, in *Noviss. dig. it.*, 3 ed., II, Utet, Torino, 1968, 885, che si rifà al criterio del procedimento dapprima al fine di sostenere la natura penale delle misure di sicurezza e, successivamente, in ID., *La legge penale*, Giappichelli, Torino, 1972, 40, per distinguere le sanzioni penali dalle altre sanzioni punitive.

<sup>628</sup> Tale aspetto è puntualmente sottolineato da A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale – Parte generale*, 8° ed., Giuffré, Milano, 2003, 16 s., il quale segnala criticamente il tentativo di elaborazione di una definizione “formale” e autonoma di processo penale di G. CONSO, *Istituzioni di diritto processuale penale*, 2° ed., Giuffré, Milano, 1967, 5 ss. (incentrata sulla “necessarietà” dello strumento processuale ai fini dell’applicazione della sanzione). In effetti, il problema centrale dell’assunzione del criterio del procedimento appare proprio quello di una ricostruzione della nozione che prescindendo dalla strumentalità rispetto all’applicazione di una sanzione personale, che invece conduce inevitabilmente ad un riferimento circolare (sanzione penale è ciò che si applica all’esito di un procedimento penale ma procedimento penale è ciò che conduce all’applicazione di una sanzione penale). Solo in questo modo, infatti, può essere superata la critica che ritiene il criterio inesorabilmente “tautologico”, argomento che sembra aver condotto ad un ripensamento lo stesso Marcello Gallo in M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 6. In effetti, il rilievo appare sostanzialmente corretto nella misura in cui evidenzia la natura formalistica del parametro, derivante dalla volontà legislativa, e la tendenziale coincidenza tra qualificazione della sanzione e disciplina processuale. Tuttavia, proprio determinate discipline processuali semplificate, si pensi al procedimento per decreto penale di condanna o all’oblazione, nelle quali si disperde ogni efficacia stigmatizzante della sanzione penale, emerge una discrasia tra *nomen* della sanzione e procedimento nella quale, pur nella difficoltà di elaborazione di una definizione formale del procedimento medesimo, si può individuare un maggior significato delle modalità di accertamento nell’esplicazione del carattere penale di una misura. In questo senso, non appare condivisibile l’argomento utilizzato al fine di criticare l’assunzione del solo parametro del procedimento da C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 20, i quali si riferiscono proprio all’ipotesi di “condanna senza processo” rappresentata dal decreto penale, sanzione ritenuta indiscutibilmente di natura criminale. Invero, su tale natura pare potersi ben discutere, riprendendo le osservazioni di E. DOLCINI, *Sanzione penale*, cit., 622, che osserva come la riprovazione etico-sociale che dovrebbe caratterizzare la sanzione penale viene meno proprio attraverso l’applicazione delle sanzioni pecuniarie mediante il procedimento per decreto, che risparmia al soggetto lo stigma del processo. Allo stesso modo, osserva la sostanziale “amministrativizzazione” dell’illecito penale mediante oblazione, A.M. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 21 ss..

<sup>629</sup> Dato che la garanzia dell’“accesso ad una giurisdizione” prevista dal § 1 della disposizione risulta soddisfatta dalla possibilità di impugnazione successiva all’imposizione

<sup>630</sup> Cfr., in questi termini, la più volte segnalata sentenza della Grande Camera *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006, § 43, in cui la Corte apriva alla possibilità in casi eccezionali di escludere il diritto alla pubblicità delle udienze (di recente, nello stesso senso v. la decisione *Suhadolc c. Slovenia*, 17 maggio 2011). Sul punto, d’altra parte, merita una segnalazione l’opinione dissenziente dei giudici Loucaides, Zupancic e Spielmann, nella quale si sottolinea il rischio insito nella soluzione della Corte, ossia la determinazione dei confini del concetto di “*hard core*” del diritto penale (negli efficaci termini dei tre giudici: “*who does draw the line?*”).

Inoltre, il riconoscimento del fatto che il ricorso al procedimento penale anche rispetto a misure non privative della libertà personale può arricchire queste ultime di una certa portata espressiva (ed accentuarne così le funzioni di prevenzione generale e intimidazione) può rappresentare un passo decisivo nel senso della deflazione del ricorso alla pena detentiva la quale, d'altra parte, si "carica" di ulteriori funzioni (preventive rispetto all'autore) che, inevitabilmente, date anche alle evidenti esigenze di governo della popolazione carceraria, ne trasformano l'applicazione in una "selezione degli autori" (v. *infra*, § 6.1)<sup>631</sup>. La stessa "disgregazione" del sistema sanzionatorio, in effetti, sembra mostrare che unico presupposto per un ritorno ad una maggior effettività della pena sia proprio l'abbandono del paradigma custodiale; per altro verso, la disciplina processuale appare anche in grado di rappresentare allo stesso tempo l'"onere" dell'opzione penalistica, tale da suggerirne immediatamente un utilizzo razionale e limitato<sup>632</sup>.

## **5. Punizione e pena nel diritto penale dell'Unione europea.**

Prima di concludere la presente ricerca con la disamina della complessa tematica della sovrapposizione tra funzioni punitive e preventive, si rivela utile osservare come la prospettiva di Strasburgo goda di pieno accoglimento nel diritto dell'Unione europea, nel quale si assiste ad un collegamento diretto tra l'idea di funzione punitiva e l'operatività del principio di legalità (sviluppato anche dal punto di vista contenutistico nel senso della riconoscibilità alla luce del diritto "vivente", come precisato *supra*, § 3). Tale aspetto è evidente soprattutto se si considera l'evoluzione del diritto dell'Unione europea nella disciplina della competenza sanzionatoria amministrativa, ed in particolare quella c.d. "decentrata" o "ripartita".

Rispetto a quella che si poteva già considerare come un'autentica (ed espressa) competenza punitiva dell'Unione europea<sup>633</sup>, infatti, la Corte di giustizia – pur riconoscendo un carattere

---

<sup>631</sup> Sul punto, cfr. diffusamente M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 231 ss..

<sup>632</sup> Si comprende, in effetti, come proprio F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 84, difendendo una concezione formale di reato, sottolineasse che «La scelta della sanzione (...) non avviene per puro capriccio (...): la pena, essendo una sanzione onerosa anche per la comunità sociale, non viene adottata, se non quando i reggitori dello Stato ritengono che non se ne possa fare a meno».

<sup>633</sup> Posta, inizialmente, nel settore della concorrenza dall'art. 83 TCE e dai regolamenti CEE nn. 11/60, 17/62, successivamente nella regolamentazione in materia di agricoltura e pesca e, infine, generalizzata e razionalizzata nel regolamento CE, Euratom n. 2988/95, adottato dopo la sentenza CGCE, 27 ottobre 1992, in causa C-240/90, *Repubblica federale di Germania c. Commissione*, che sanciva la legittimità al ricorso a sanzioni amministrative fuori dai casi esplicitamente previsti dai trattati. Sul punto, cfr. A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 929 ss.; A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004, 31 ss.; ID., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee direttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 123 ss., e A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Cedam, Padova, 1998. Sulla competenza punitiva della Comunità prima dell'emanazione del regolamento n. 2988/95, cfr. anche G. GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1169 ss., e ID., *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 740 ss..

“amministrativo” delle sanzioni in base a determinati indici formali<sup>634</sup> – ammetteva la piena estensione di una serie di garanzie penalistiche proprio in ragione del loro profilo funzionale<sup>635</sup>. Tale soluzione confluiva successivamente nell’importante regolamento n. 2988/95 che, razionalizzando l’intera materia, recepiva un’architettura di principi di chiaro stampo parapenale, non diversamente da quanto avvenuto con la legge n. 689/1981 nell’ordinamento italiano. In particolare, veniva affermato non solo il principio di legalità – sancito dall’art. 2 del regolamento, insieme a quello della *lex mitior* – ma anche quelli di proporzione e di colpevolezza, quest’ultimo significativamente eretto ad autentico spartiacque tra intervento punitivo ed intervento reintegrativo<sup>636</sup> nonostante il tuttora incerto riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (v. *supra*, § 3). Si comprende, in effetti, come in tale impianto normativo sia stata individuata una matrice per una possibile armonizzazione dei sistemi punitivi statali nella quale già si poteva ravvisare una forma embrionale di una competenza penale europea<sup>637</sup>.

Proprio il già segnalato caso *Danone*, peraltro, dimostra come, anche in tema di competenza sanzionatoria amministrativa c.d. “accentrata” – e, in particolare, con riferimento alla fondamentale disciplina della concorrenza di cui al regolamento n. 17/1962, prima normativa primaria di attuazione dell’art. 81 TCE –, la Corte di Giustizia sia consapevole della necessaria estensione dello statuto garantistico penale e come storicamente si sia rivelato imprescindibile, anche in questo ambito, un diretto riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (v. *supra*, § 3). D’altra parte, in entrambi i casi, tale soluzione oggi è definitivamente imposta dall’adesione dell’Unione alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, nonché dalla “clausola orizzontale” di cui all’art. 52, 3° c., della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea firmata a Nizza nel 2000, in cui si statuisce che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla

---

<sup>634</sup> In particolare, la Corte di giustizia considera il fatto che l’irrogazione della sanzione spetta ad un organo non giurisdizionale; che gli stessi regolamenti le qualificano come non penali; che il destinatario non subisce conseguenze stigmatizzanti dall’imposizione della sanzione; che queste non sono convertibili in sanzione detentiva e che l’esecuzione è regolata dal codice di procedura civile. Per uno sguardo maggiormente approfondito su tale orientamento giurisprudenziale, cfr. G. GRASSO, *Le prospettive*, cit., 1163; F. CONSULICH, “*Materia penale*”, cit., 80, e G. SALCUNI, *La nozione comunitaria di pena: prelude ad una teoria comunitaria del reato?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 218.

<sup>635</sup> La Corte di giustizia sottolineava il carattere punitivo delle sanzioni in questione già con la sentenza CGCE, 15 luglio 1970, in causa C-41/69, *Acf Chemiefarma*, conclusione poi confermata costantemente dalla sentenza CGCE, 27 ottobre 1992, in causa C-240/90, cit.. Conseguentemente, una serie di garanzie attinenti al settore penale, derivate proprio dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, sono state estese anche a questo settore, in particolare quelle processuali deducibili dall’art. 6 Cedu. Sul punto, cfr. i riferimenti in F. CONSULICH, “*Materia penale*”, cit., 84 ed in particolare alla nota 54.

<sup>636</sup> Come nota puntualmente F. CONSULICH, “*Materia penale*”, cit., 82 s., è solo l’art. 5 del regolamento, in tema di sanzioni amministrative, a prevedere i requisiti di intenzionalità e negligenza, e a differenziare così il binario delle misure risarcitorie previste dall’art. 4, in cui tale riferimento è assente. Sul punto, cfr. anche A.M. MAUGERI, *Il regolamento*, cit., 959 ss.. Viene sostanzialmente recepita, in effetti, la macro-distinzione osservata anche nella giurisprudenza della Corte europea (v. *supra*, Cap. II, § 5.1).

<sup>637</sup> In questi termini, A.M. MAUGERI, *Il regolamento*, cit., 1010. Nota, inoltre, A. BERNARDI, *L’europeizzazione*, cit., 33, come la disciplina condizioni inevitabilmente l’applicazione delle sanzioni amministrative anche nei Paesi che non prevedono una normativa generale analoga a quella della legge n. 689/1981.

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»<sup>638</sup>. In questo senso, il principio di legalità penale consacrato dall'art. 49 della Carta (ma anche i canoni della *lex mitior* e della proporzione sanciti nella stessa disposizione), devono necessariamente essere intesi come riferiti ad ogni settore caratterizzato da una reazione punitiva ad un illecito<sup>639</sup>. In questo modo, la Corte di Giustizia viene a delinarsi come ulteriore soggetto in grado di censurare la violazione del principio di riconoscibilità da parte della legislazione punitiva statale, se non altro, nei casi in cui questa è posta in essere in attuazione delle richieste di penalizzazione europea *ex art.* 83 TFUE (o comunque in attuazione del diritto comunitario), eventualità che, come sottolineato precedentemente, potrebbe rivelarsi alquanto frequente (*v. supra*, § 3).

Tali considerazioni, peraltro, valgono anche per quanto riguarda l'attuazione dei generici obblighi di tutela emersi nella giurisprudenza della Corte di giustizia prima del riconoscimento di una competenza (indiretta) penale dell'Unione europea. Ancorché non formalmente “penale”, infatti, il tipo di reazione richiesta, per come fondata sui parametri di proporzione, effettività e dissuasività<sup>640</sup>, era già riconducibile ad una matrice sostanzialmente punitiva (in particolare, guardando al requisito della dissuasività, in quanto volto a richiamare un fondamentale scopo di prevenzione generale coerente con l'approccio funzionalistico comunitario)<sup>641</sup>. Affiorava, anche in questo caso, un inquadramento dello strumento penale alla luce della finalità perseguita, anche se in una prospettiva “efficientista” piuttosto che in quella “valoriale” della Corte europea<sup>642</sup>. Ed è interessante notare che gli elementi che fondano il passaggio da una generica richiesta di tutela (ma

---

<sup>638</sup> Sul punto, cfr. V. SCIARABBA, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte: le “clausole orizzontali” della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in N. Zanon, a cura di, *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Esi, Napoli, 2006, 420 ss., e S. MANACORDA, *Carta dei diritti*, cit., 164 s.

<sup>639</sup> Mentre, come già osservato (*v. supra*, § 3), stride l'assenza di ogni riconoscimento nella Carta del principio di colpevolezza.

<sup>640</sup> Obblighi consacrati dalla nota sentenza del “mais greco”, CGCE, 21 settembre 1989, in causa C-68/88, *Commissione c. Grecia*, e fondati sul principio di *fidelité communautaire* di cui all'art. 10 TCE. Alla libertà dei mezzi, tale giurisprudenza fa corrispondere così un obbligo di risultato che non viene ad essere, peraltro, soddisfatto con la mera esistenza di un divieto, ma richiede anche l'adeguatezza ed effettività della relativa sanzione, come affermato successivamente nella sentenza CGCE, 13 luglio 2000, in causa C-46/97, *Grecia c. Commissione*. Sul punto, cfr. G. GRASSO, *Le prospettive*, cit., 1174 ss.. D'altra parte, come nota, A. BERNARDI, *L'armonizzazione*, cit., 113, già dagli anni '80 si era sviluppata una prima giurisprudenza volta a ricostruire obblighi di tutela (allora parametrati ad un criterio di “equivalenza” alla protezione nazionale). Sul punto, cfr. anche C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, ETS, Pisa, 2009, 202 ss..

<sup>641</sup> E, in effetti, lo stesso art. 2 del regolamento 2988/95 richiama gli stessi tre attributi per qualificare il binario punitivo rappresentato dalle sanzioni amministrative previste dall'art. 5.

<sup>642</sup> Nei termini di F. CONSULICH, *“Materia penale”*, cit., 78 ss., il quale osserva come la Corte di Giustizia pur muovendo da differenti prospettive e finalità, giunga anch'essa a formulare richieste di tutela incentrate sul *quomodo* della reazione adottata e, quindi, ad aderire essenzialmente ad una concezione “sostanziale” di pena. Dal canto suo, come osservato, la Corte europea pone l'accento sull'idea di proporzione, effettività e dissuasività solo nel momento in cui comincia, appunto, ad assumere posizioni promotrici dell'utilizzo dello strumento punitivo (nella giurisprudenza sugli obblighi “convenzionali” di tutela penale), mentre ai fini dell'applicazione dell'art. 7 Cedu tendono ad essere considerate soprattutto le accezioni della punizione riconducibili al carattere special-preventivo intimidatorio (*v. supra*, Cap. II, § 5.2).

comunque punitiva) ad una qualificata infine espressamente come “penale” – dapprima in via giurisprudenziale e poi attraverso lo strumento pattizio con l’art. 83 TFUE dopo il trattato di Lisbona<sup>643</sup> – i quali, in assenza di ogni indicazione esplicita, possono essere individuati *a contrario* proprio dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di sanzioni amministrative, tendano a ricalcare quei criteri “strutturali” che dovrebbero essere in grado di conferire maggior stigma ed efficacia preventiva alla sanzione, con un’accentuata valorizzazione del profilo del procedimento applicabile<sup>644</sup>. Anche in questo caso, tuttavia, i percorsi del diritto penale dell’Unione europea dimostrano che non sono tali fattori ad orientare l’estensione dello statuto garantistico penale ma come, piuttosto, questi ultimi siano considerati in funzione delle esigenze di politica criminale. In proposito, come già segnalato, si ritiene di poter condividere i timori di quanti hanno notato come il “fascino” della qualificazione penalistica possa condurre a tradire le logiche della *extrema ratio* (o della sussidiarietà, nel lessico accolto nel diritto dell’Unione europea) e ad una conseguente svalutazione del ricorso alla tutela penale amministrativa nel sistema di tutela degli interessi comunitari<sup>645</sup>.

## ***6. L’instabile equilibrio tra punizione e prevenzione nell’ordinamento italiano ai fini della determinazione del significato del principio di legalità applicabile.***

### ***6.1. Considerazioni preliminari.***

Da quanto osservato sinora, emerge una progressiva estensione del principio di legalità oltre i confini tracciati dalla tradizionale nozione di pena: infatti, se il recepimento delle indicazioni di Strasburgo non può dirsi ancora compiuto, indubbiamente le affermazioni dei giudici di legittimità e della Corte costituzionale in materia di confisca hanno aperto una breccia che non può che condurre ad una più ampia riconsiderazione dei principi che governano il settore delle sanzioni amministrative, senza con ciò negare, come si è visto, una certa “autonomia” e “specificità” reciproca dei settori penale e amministrativo. D’altra parte, si tratta di soluzioni il cui recepimento è

---

<sup>643</sup> Sulla “storica” sentenza della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005, in causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, ed il successivo riconoscimento della competenza penale europea ad opera del trattato di Lisbona cfr., tra i tanti, G. GRASSO, *Il trattato di Lisbona*, cit., 2307 ss.; R. SICURELLA, *Questioni di metodo*, cit., 2569 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi*, cit., 209 ss..

<sup>644</sup> In particolare, il primo ed il quinto criterio fanno espressamente riferimento al soggetto irrogante (giurisdizionale o meno) e alle regole di procedura applicabili (comuni a quelle di procedura penale o meno). Anche gli altri tre, peraltro, rinviano agli ulteriori criteri “strutturali” emersi nella letteratura come portatori dello stigma criminale (ma che in questa sede si è inteso mettere in secondo piano) costituiti, nell’ordine dal secondo al quarto criterio, dal *nomen iuris*, dagli effetti penali e dall’incidenza sulla libertà personale.

<sup>645</sup> Vedi le considerazioni segnalate *supra*, § 3, e che, a questo proposito, appaiono confermate da quella che oramai deve essere registrata come un’inerzia nello sviluppo del sistema delle sanzioni amministrative decentrate, pur solidamente costruito, come notato da A. BERNARDI, *L’armonizzazione*, cit., 127 s..

relativamente “facile” – anche alla luce della dimensione comparatistica o della giurisprudenza della Corte di giustizia – stante l’assenza di ogni contro-interesse costituzionalmente rilevante.

Ciò premesso, la questione effettivamente più complessa è quella che concerne la distinzione tra punizione e prevenzione – nei significati enucleati nella giurisprudenza della Corte europea<sup>646</sup> –, soprattutto dal momento che si è inteso preservarne la validità teorica ai fini della determinazione del significato della legalità come esigenza di riconoscibilità delle conseguenze all’epoca del fatto (strettamente collegato a quella “motivabilità attraverso norme” che fonda il principio di colpevolezza) piuttosto che come mero divieto di arbitrarietà della decisione giudiziale (v. *supra*, Cap. III, § 3.3). Tale divaricazione di principi, in effetti, deve fare i conti con una realtà nella quale i due binari delle strategie di contrasto al fenomeno criminale – espressione di concezioni dello strumento penale profondamente divergenti<sup>647</sup> – tendono inesorabilmente a sovrapporsi, a livello astratto di definizione legislativa ovvero in relazione alle modalità concrete di esecuzione, esponendosi pertanto al noto rischio della “truffa delle etichette”. Dopotutto, talune “infiltrazioni” preventive sono ben osservabili anche nella disciplina della tradizionale pena detentiva, il cui carattere invasivo della libertà personale fa sì che, in fase esecutiva e già in sede di commisurazione (a fronte dell’ambigua scrittura dell’art. 133 c.p.)<sup>648</sup>, non siano estranee considerazioni sull’autore

---

<sup>646</sup> In questa sede si continuerà a fare riferimento al significato del concetto di prevenzione così come essenzialmente collegato alla nozione di pericolosità, in chiave neutralizzante o terapeutica, mentre le funzioni di prevenzione generale e speciale monitoria verranno associate all’idea di punizione, secondo l’impostazione che emerge dai termini della Corte europea esaminati (*supra*, Cap. II, § 5.2)

<sup>647</sup> Tant’è che, come noto, la Scuola positiva negava ogni distinzione con le misure di sicurezza e anche in epoca successiva all’emanazione del codice penale si assisteva al tentativo di Grispigni, mediante la proposta di introduzione di un sistema che si potrebbe definire “vicariale”, di far filtrare nuovamente le esigenze di prevenzione di pericolosità nell’unica risposta penale al reato, la cui evidente matrice “ideologica” è stata puntualmente svelata da E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, Giuffrè, Milano, 1978, 170 s..

<sup>648</sup> Note sono le critiche all’incapacità della fondamentale disposizione codicistica di risolvere l’antitesi tra le diverse concezioni della pena (in particolare tra la concezione classica e oggi neoretributiva e quella positivista o neopositivista). Sul punto, efficaci i termini di M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in M. Romano-F. Stella, a cura di, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980, 175, il quale osserva come «l’art. 133 c.p. è stato interpretato in tutti i modi immaginabili, anche diametralmente opposti. Creata per una migliore individualizzazione della pena e per vincolare il giudice a qualcosa di almeno parzialmente controllabile (...), la disposizione non indicava con chiarezza la direzione in cui si muoveva; non rivelando con evidenza inoppugnabile rispetto a quale funzione della pena dovesse essere servente, ognuno ha potuto leggersi ciò che gli pareva più desiderabile ai fini dell’instaurazione di una pratica più congrua per le esigenze del sistema». Nello stesso senso, cfr. le ampie considerazioni di E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Cedam, Padova, 1979, 34 ss. Ora, come nota E. MUSCO, *La misura di sicurezza*, cit., 97 ss., effettivamente alcuni elementi *sub* “capacità a delinquere” rinviano ad un giudizio sulla personalità del reo totalmente estraneo a quello sulla colpevolezza del fatto (anche considerando i fattori personalistici che compenetrano nell’azione criminosa). D’altra parte, ancora particolarmente significativi risultano i termini di F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1965, 356 ss., il quale, osservando che il 2° c. dell’art. 133 c.p. diventa essenziale in una costruzione della pena di stampo (anche) rieducativo imposta dall’art. 27 Cost., notava come il significato di rieducazione non dovesse necessariamente identificarsi con il trattamento curativo (necessariamente circoscritto), quanto rinviare ad un’idea di «reinserimento dell’individuo nel contesto sociale, con la rinsaldata consapevolezza di quei valori che egli ha dimostrato di non conoscere appieno (...) attraverso la trasgressione». È questo il significato, che si indicherà come “pedagogico”, della rieducazione che, in ogni caso, è riconducibile alla logica della punizione, presupponendo comunque un’idea di rimprovero che, come ricordato in maniera costante nell’opera di Bricola, impone un giudizio di colpevolezza per la trasgressione commessa.

nel senso della risocializzazione e, talvolta, anche della neutralizzazione dello stesso (se non altro perché, per definizione, la pena detentiva si risolve in un'esclusione dal tessuto sociale), le quali risultano evidenti soprattutto in alcune delle recenti riforme legislative<sup>649</sup> e, ancor prima, nella prassi giudiziaria (di cognizione e di sorveglianza) che rende la realtà carceraria una vera "selezione degli autori"<sup>650</sup>.

Proprio la frequente commistione tra punizione e prevenzione, in effetti, rappresenta l'argomento fondamentale (più o meno dichiarato) nelle opinioni di quanti invocano un'estensione indiscriminata della legalità penale incentrata, piuttosto che su di un'indagine sulla funzione sul tipo di bene sacrificato, dalla libertà personale a quella di movimento, finanche alla proprietà personale (v. diffusamente *supra*, Cap. III, § 3.3). D'altra parte, nelle medesime difficoltà sembra incorrere la stessa Corte europea, la cui giurisprudenza sul punto è notevolmente meno "sicura" di quella relativa, ad esempio, alle sanzioni amministrative e tributarie, se solo si considerano le incertezze terminologiche riscontrabili in ordine all'accoglimento di un criterio di prevalenza piuttosto che di compresenza di funzioni (v. *supra*, Cap. II, § 5.2). Ma, soprattutto, è nella valutazione concreta della natura di determinate misure che la giurisprudenza di Strasburgo risulta avere ancora un andamento incerto e "sincopato", caratterizzato da lunghe "pause" (si pensi alla costante esclusione delle misure di prevenzione italiane dal concetto di *matière pénale*) ed improvvise accelerazioni, quale la recente sentenza sulla *Sicherungsverwahrung*. Come si vedrà a breve, peraltro, in quest'ultima vicenda – così come nella sentenza del *Conseil constitutionnel* sulla *rétenion de sûreté* –, si registra una certa confusione di principi che dipende anche dalla progressiva deriva delle misure di contrasto della pericolosità sul terreno della mera neutralizzazione, con la quale ha dovuto fare i conti anche il *Bundesverfassungsgericht*, pur non cedendo alla tentazione di riferirsi al canone della legalità della pena.

Si tratta di problematiche sulle quali ci si dovrà soffermare per valutare, infine, la possibile riconduzione al concetto di *matière pénale* di misure previste nell'ordinamento italiano solitamente sottratte all'operatività del principio di legalità in ragione della loro finalità preventiva. Attestandosi, in tale disamina, a quel significato di punizione intesa come sofferenza "volutamente" inflitta, si intenderà verificare se quest'ultimo viene ad assumere una reale centralità ovvero se il contenuto afflittivo ed eventuali funzioni di prevenzione generale o monitorie non siano effettivamente coesenziali, bensì conservino piuttosto una portata "riflessa" (così come avviene, su

---

<sup>649</sup> In particolare, con riferimento alle riforme che hanno interessato l'istituto della recidiva ma anche sull'incidenza dell'idea di pericolosità d'autore sulla genesi di talune fattispecie penali, come nel settore dei reati sessuali e del diritto penale dell'immigrazione. Su tali profili, emersi anche nel recente Convegno nazionale "Pericolosità e giustizia penale" organizzato dall'Associazione Franco Bricola a Udine il 25 e 26 marzo 2011, cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Giappichelli, Torino, 2008, 44 ss..

<sup>650</sup> Sul punto, si rinvia ancora alle osservazioni di M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 231 ss..

altro fronte, nel risarcimento del danno, v. *supra*, Cap. II, § 5.1). È evidente, infatti, che a tale valutazione non è estranea una componente “quantitativa” (o *floue*) – che suggerisce l’adesione ad un criterio di “prevalenza” (piuttosto che di “compresenza”) della funzione assoluta – nella quale ha luogo un confronto, tra teoria e prassi, dei tratti maggiormente sintomatici di possibili derive punitive con quelli che, viceversa, sembrano rimasti fedeli all’impronta originaria di contrasto della pericolosità (soggettiva o reale). Natura di una misura e garanzie connesse non sembrano poter essere discusse, in effetti, sul terreno del contenuto della stessa o del tipo di diritto soggettivo sacrificato, date che tanto la confisca, quanto una misura interdittiva o una misura detentiva possono assumere diverse funzioni in relazione ai presupposti applicativi e alla disciplina prevista da un ordinamento (senza che questo imponga, come più volte sottolineato, di rimanere vincolati al piano della qualificazione formale).

## **6.2. *Le misure di sicurezza tra atrofia del sistema italiano e “riscoperta” europea: il caso sintomatico della Sicherungsverwahrung.***

Nel dibattito penalistico italiano il tema delle misure di sicurezza appare avere perduto la centralità di un tempo, complice l’immobilità legislativa dell’ultimo ventennio e, soprattutto, la scarsa applicazione nella prassi giurisprudenziale di un apparato indicato, oramai, come “ramo secco” dell’ordinamento penale. Nondimeno, la “riscoperta” delle misure di sicurezza cui si è assistito nel panorama europeo, giunta inevitabilmente all’attenzione degli stessi giudici di Strasburgo, impone una riconsiderazione di talune problematiche “tradizionali” proprio alla luce della giurisprudenza della Corte europea<sup>651</sup>.

Rispetto all’ampia discussione del sistema del “doppio binario”, in particolare, occorre confrontarsi con la tesi della sostanziale identità dei fini perseguiti dalle misure di sicurezza rispetto alle pene secondo la quale le prime sarebbero solo artificiosamente riconducibili a quella diversa matrice teleologica illustrata, ad esempio, nella nota prolusione romana con cui Arturo Rocco salutava con favore la neonata disciplina codicistica<sup>652</sup>. In chiave costituzionale, tale tesi è stata

---

<sup>651</sup> Cfr., in particolare, le considerazioni di M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., 3 ss. e 212 ss., nelle quali si illustrano le ragioni di uno studio “moderno” delle misure di sicurezza, contestualizzato alla luce del crescente senso di insicurezza nella società del rischio, materializzatosi nelle riforme che hanno interessato il settore negli ordinamenti francese, tedesco e svizzero. Di recente, lo stesso Autore analizza le possibili ricadute della giurisprudenza della Corte europea, ed in particolare della sentenza *M c. Germania* sull’ordinamento tedesco, in ID., *Il controllo dell’autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2011, 23 ss..

<sup>652</sup> In particolare, cfr. A. ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in A. Rocco, *Opere giuridiche - III - Scritti giuridici vari*, Società editrice del “Foro italiano”, Roma, 1933, 744, in cui si osservava come le misure di sicurezza, al contrario delle pene, operassero «mediante l’adattamento morale e sociale dell’individuo alla società o mediante l’eliminazione dell’individuo dalla società o meglio ancora mediante la fisica o materiale innocuità sociale di lui». In senso critico rispetto a tale rigida distinzione si esprimeva già A. DE MARSICO, *Premesse certe alla dogmatica delle misure penali*, in *Riv. dir. penit.*, 1935, 108 ss., con considerazioni richiamate e sviluppate da E.

sviluppata alla luce dell'art. 27, 3° c., Cost. il quale, accordando una (anche solo compresente) finalità rieducativa alla pena, finirebbe per «annullare o quanto meno scolorire le differenze tra pena e misura di sicurezza sul piano delle finalità»<sup>653</sup>. Invero, proprio quanto osservato circa i diversi significati della “punizione” enucleabili nella giurisprudenza di Strasburgo (v. *supra*, Cap. II, § 5.2) permette di superare quella che potrebbe rivelarsi un'equiparazione troppo semplicistica tra pene e misure di sicurezza sul piano della funzione special-preventiva<sup>654</sup>: come si è avuto modo di osservare, infatti, vi sono indubbiamente funzioni di impedimento della recidiva di matrice punitiva – e, tra queste, vi rientra (almeno in chiave prescrittiva) l'accezione più schiettamente “pedagogica” del concetto di rieducazione –, ma su di un diverso piano si collocano le istanze di contrasto alla pericolosità d'autore, che sarebbe improprio considerare come carattere indefettibile o centrale della pena ai sensi dell'art. 27, 3° c., Cost..

Viceversa, tali esigenze di profilassi, le uniche “preventive” nel lessico di Strasburgo, appaiono effettivamente caratterizzare le misure di sicurezza, coerentemente con i presupposti delineati dall'art. 202 c.p. e, in fondo, con la stessa prassi applicativa. Anche nei Paesi in cui si registra una riscoperta delle misure custodiali, infatti, non sembra che le stesse – così come avvertite dall'opinione pubblica, disciplinate dai legislatori ed applicate infine dalle giurisdizioni – mascherino attributi realmente punitivi, il che rende eccessivo evocare gli spettri della “truffa delle etichette”<sup>655</sup>. Piuttosto, la vera frode consiste nell'attribuzione di finalità di risocializzazione a misure che, se non altro per le concrete modalità esecutive, sono essenzialmente volte alla

---

MUSCO, *La misura di sicurezza*, cit., 95 s., il quale nota anche una certa contraddizione rispetto alla posizione sostenuta da Rocco in alcuni scritti precedenti..

<sup>653</sup> Nei termini di G. GRASSO, *Pre-art. 199*, in M. Romano-G. Grasso-T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale - III - Art. 150-240*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2011, 428, che richiama l'ampia ricostruzione di E. MUSCO, *La misura di sicurezza*, cit., 238 ss., il quale, pur riconoscendo l'imprescindibile funzione di tutela dei beni propria della pena, osservava come le misure di sicurezza venissero impropriamente chiamate ad assolvere la medesima (compresente) funzione di special-prevenzione svolta, per esplicita richiesta costituzionale, dalla sanzione penale. In proposito, cfr. anche M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., 320 s..

<sup>654</sup> A prescindere, quindi, dalla rigida contrapposizione tra retribuzione e prevenzione esemplarmente espressa in G. BETTIOL, *In tema di unificazione di pena e misura di sicurezza*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1942, 226 (già criticata da M. GALLO, *La persona umana*, cit., 432 s.), ma anche dall'altrettanto risalente separazione tra funzioni di prevenzione generale (assolte dalle pene) e di prevenzione speciale (assolte dalle misure di sicurezza) tracciata da F. EXNER, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, J. Guttentag, Berlin, 1914, e segnalata da E. MUSCO, *La misura di sicurezza*, cit., 47 s..

<sup>655</sup> L'immagine della *Etikettenschwindel* era già utilizzata, ad esempio, in riferimento alla *Sicherungsverwahrung* da K.A. HALL, *Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe*, in *ZStW*, 1958, 59, e, ancor prima, da E. KOHLRAUSCH, *Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand*, in *ZStW*, 1924, 21 ss.. Nella letteratura italiana, in senso analogo, cfr. E. MUSCO, *La misura di sicurezza*, cit., 190 s., il quale sostiene la tesi (qui non condivisa) secondo cui si verificherebbe «l'equivoco insito in un provvedimento sostanzialmente repressivo, mascherato e mistificato con il richiamo ad esigenze di prevenzione speciale». Invero, anche in relazione alle complesse e dispendiose operazioni di controllo dei soggetti destinati al prolungamento retroattivo della *Sicherungsverwahrung* e rimessi in libertà a seguito della sentenza *M. c. Germania*, le logiche preventive che fondavano tale riforma appaiono effettivamente “autentiche”. Ne dà conto, in particolare, M. PELISSERO, *Il controllo*, cit., 27, in relazione al numero di ore trascorse da diversi membri dell'autorità di pubblica sicurezza nel controllo di tali soggetti (circa 80 soggetti, 20 poliziotti per ogni soggetto, 50.000 euro a settimana).

neutralizzazione dell'individuo mediante segregazione<sup>656</sup> (ciò che, come si vedrà a breve, autorizza a discuterne la stessa legittimità *tout court*). Ma ciò che conta è che, in entrambi i casi, sono assenti gli elementi propri della nozione di punizione (evocata, a volte, anche a causa di un certo uso promiscuo dei termini “repressione” ed “afflizione”) mancando quel carattere “volutamente” afflittivo di tali misure, dato che la comprensione della sofferenza (sicuramente implicata, se non altro, in quelle detentive previste per i soggetti imputabili) da parte del preposto non è condizione necessaria per l'esplicarsi delle finalità perseguite<sup>657</sup>.

Si comprende, pertanto, come lo stesso canone della riconoscibilità delle conseguenze al momento della commissione del fatto non sia chiamato a svolgere alcun ruolo significativo in una disciplina in cui è del tutto estraneo quel concetto di “motivabilità attraverso norme” che fonda la *Schuldidee*<sup>658</sup> e nella quale, d'altra parte, viene esclusa la stessa colpevolezza come categoria dai presupposti applicativi di cui all'art. 202 c.p.<sup>659</sup>; in tal senso, pertanto, si ritiene condivisibile la lettura dottrinale dell'art. 200 c.p. come norma volta legittimamente ad ammettere l'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza<sup>660</sup>. Eventualmente, rispetto alle misure personali, potrebbe

---

<sup>656</sup> Il doppio volto delle misure di sicurezza emerge già nelle osservazioni di I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Giuffrè, Milano, 1970, 89 ss., il quale notava come il mancato riferimento alle misure di sicurezza da parte dell'art. 27, 3° c., Cost., potesse giustificare anche misure volte essenzialmente ad escludere il soggetto pericoloso. Come osservava F. BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in Aa. Vv., a cura di, *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Editori riuniti, Roma, 1974, 46 ss., in effetti, è proprio questa seconda finalità che veniva conferita a gran parte delle misure di sicurezza dal codice del 1930 ed è questo profilo che, come si vedrà, deve essere ritenuto illegittimo *tout court*, senza tuttavia evocare una finalità punitiva che in sostanza manca.

<sup>657</sup> È evidente che la funzione di neutralizzazione che, ad esempio, viene assolta dalle misure di sicurezza custodiali ha luogo a prescindere dalla percezione del contenuto afflittivo e, quindi, anche nei confronti del non imputabile. Come osservava già P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Giuffrè, Milano, 1976, 633, nel cui pensiero si è già potuta apprezzare la correlazione tra i concetti di rimprovero, castigo e relative garanzie (tale da estendere la legalità anche all'intervento punitivo amministrativo), le misure di sicurezza «ontologicamente non possono considerarsi sanzioni penali, anche se intervengono dopo il delitto; manca, della sanzione penale, la correlazione logica “violazione del comando-responsabilità-castigo”». E sembra ancora attuale la critica che già G. BETTIOL, *In tema di unificazione*, cit., 220, muoveva ad Antolisei, rilevando che in ogni caso la natura di un istituto vada intesa alla luce di un'interpretazione “realistica” della norma e che, rispetto alle misure di sicurezza, «il carattere afflittivo è del tutto accidentale; che se può essere sentito come tale dal soggetto, non è però nell'intento del legislatore, nella causa della misura, il farlo sentire».

<sup>658</sup> Cfr. ancora la distinzione già segnalata tra “legalità repressiva” e “legalità preventiva” (v. *supra*, Cap. III, § 3.3) di P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione*, cit., 633 ss., secondo il quale «il tema della certezza del diritto si pone, perciò, in quanto concerne la prevenzione, in termini assai diversi da quelli tradizionali del diritto penale. La certezza del diritto è qui certezza di premesse legislative generali, di criteri di giudizio validi per l'ordinamento giuridico, di finalità che l'ordinamento giuridico riconosce» e «per la natura della misura di sicurezza e la funzione da essa esplicata, non è logicamente necessario che il cittadino conosca *a priori* la massima durata della misura stessa; importa, invece, che il giudice non possa applicare una misura di sicurezza, anche quanto alla sua durata, se non ne ricorrano i presupposti di legge. In realtà, la misura di sicurezza a durata indeterminata deve venir irrogata in base a giudizi successivi» (sostanzialmente scolpendo quel secondo significato di legalità intesa come divieto di arbitrarietà della soluzione giudiziale concreta).

<sup>659</sup> Osserva puntualmente il collegamento tra retroattività e applicabilità ai non imputabili, ossia soggetti per definizione non “motivabili” attraverso norme, I. CARACCIOLI, *I problemi generali*, cit., 124.

<sup>660</sup> La dottrina, in un dibattito noto e risalente, è divisa tra chi ritiene che dell'art. 200 c.p. debba essere affermata un'interpretazione quanto più restrittiva, tale da limitare l'efficacia retroattiva solo al mutamento delle modalità esecutive e chi, al contrario, afferma che il dato normativo e la coerenza col fine terapeutico delle misure di sicurezza comportano una deroga del principio di irretroattività, che troverebbe come unico limite (ricondotto prevalentemente,

trovare spazio un limite alla retroattività declinato rispetto al momento della prima applicazione della misura, proprio in quanto coerente con il percorso risocializzante che in quel determinato momento viene a definirsi (soluzione ad oggi considerata dalla letteratura, come si vedrà, soprattutto rispetto all'esecuzione penale, v. *infra*, § 6.4)<sup>661</sup>. D'altra parte, anche in materia di misure patrimoniali si può osservare che se, come segnalato, talvolta la confisca assolve una funzione special-preventiva chiaramente monitoria (e, quindi, punitiva) incarnata dal messaggio secondo il quale "il crimine non paga" (v. *supra*, § 4.3), la stessa può anche perseguire effettivamente finalità di contrasto della pericolosità reale – o, meglio, "relazionale"<sup>662</sup> – di determinati beni, come nel caso della confisca degli strumenti del reato di cui all'art. 240, 1° c., c.p., almeno nell'attuale configurazione normativa<sup>663</sup>, o di quelle cose "intrinsecamente pericolose" (o "obiettivamente illecite") di cui al terzo comma della stessa disposizione<sup>664</sup>, che ne giustificano l'affrancamento dai limiti di cui all'art. 25, 2° c., Cost..

Lo stesso argomento secondo il quale le misure di sicurezza avrebbero un'efficacia deterrente addirittura superiore alle pene, a queste dovendo essere quindi equiparate, non convince pienamente<sup>665</sup>: anche assumendo che tale funzione si esplicasse effettivamente – il che appare poco realistico se non altro alla luce della prassi applicativa italiana –, ciò avverrebbe essenzialmente in

---

peraltro, al quadro garantistico sopravvenuto con la Costituzione) la necessaria predeterminazione del fatto come reato. Nel primo senso, in particolare, appaiono orientarsi A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 120 ss., in cui si afferma l'opportunità di «spingersi ancora oltre nella parificazione della disciplina prevista per le norme che dispongono misure di sicurezza alla disciplina propria delle norme che dispongono pene», così come nei manuali di D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 2009, 666; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 810 s.; S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 864. Nel secondo senso, ricavando il limite della previsione come reato del fatto al momento della commissione per lo più in base al dettato costituzionale sopravvenuto, I. CARACCIOLI, *I problemi generali*, cit., 100 ss. ed in particolare 121 ss., impostazione recepita, tra i tanti, da F. BRICOLA, *Il II e III comma*, cit., 306; P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione*, cit., 651; G. GRASSO, *Art. 200 c.p.*, in M. Romano-G. Grasso-T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale - III - Art. 150-240*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2011, 457. Condividendo tale secondo orientamento, si osserverà a breve come lo stesso limite della previsione irretroattiva del fatto come reato sia dettato per lo più dallo stesso principio di proporzione, piuttosto che da quelle logiche che fondano il principio di riconoscibilità rispetto alla reazione punitiva all'illecito.

<sup>661</sup> In questo senso, commentando in chiave critica la sentenza della Corte europea *M. c. Germania*, cfr. T. HÖRNLE, *Der Streit um die Sicherungsverwahrung*, in *NStZ*, 2011, 492.

<sup>662</sup> Come è stata più correttamente definita da A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Cedam, Padova, 2001, 388) quel tipo di pericolosità delle cose stabilita in relazione alla disponibilità di un determinato soggetto, diversa da quel concetto di pericolosità intrinseca delle stesse.

<sup>663</sup> Riconosce la marcata connotazione preventiva G. GRASSO, *Art. 240*, cit., 610, che pur segnala una nota repressiva tale da rendere impropria la collocazione nelle misure di sicurezza. In effetti, sembra che sulla collocazione dell'istituto incida essenzialmente la prassi applicativa. Un corretto utilizzo del regime facoltativo, e quindi un accertamento puntuale nel caso concreto della pericolosità degli oggetti strumenti del reato, potrebbe infatti essere ritenuto coerente con una funzione essenzialmente preventiva, mentre prassi giurisprudenziali che tendessero ad una generalizzata obbligatorietà, invece, farebbero riaffiorare inesorabilmente i tratti punitivi della misura.

<sup>664</sup> La cui apprensione, come osserva sempre G. GRASSO, *Art. 240*, cit., 610, costituisce più che altro una "proiezione del regime giuridico".

<sup>665</sup> In questo senso, cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., 321, e G. GRASSO, *Pre-art. 199*, cit., 428, riprendendo le osservazioni di K.A. HALL, *Sicherungsverwahrung*, cit., 1058, 45, e A. DE MARSICO, *Premesse certe*, cit., 111 (ma si potrebbe anche notare che in tali riflessioni critiche, l'argomento non assume una vera centralità, essendo per lo più richiamato *ad adiuvandum*).

modo indiretto o “riflesso”<sup>666</sup>. Parimenti, l’osservazione secondo la quale il soggetto avvertirebbe l’imposizione della misura come sostanziale conseguenza del suo agire illecito non è determinante in quanto tale – come osserva la Corte europea nelle sentenze sull’iscrizione nei registri dei *sex offenders*<sup>667</sup> – a fondare un’equiparazione “qualitativa” delle misure di sicurezza rispetto alle misure punitive, soprattutto nel momento in cui sono venuti meno quegli aspetti della disciplina che maggiormente rinviavano a logiche retributivo-punitive, quali le ipotesi di pericolosità presunta e di durata minima<sup>668</sup>. Piuttosto, l’intensità con cui tale “effetto perverso” si verifica autorizza una discussione sulla legittimità *tout court* delle misure detentive per i soggetti imputabili, confermando l’impressione che il problema di fondo concerne piuttosto, in termini “quantitativi”, la sproporzione di determinate politiche securitarie. Nell’affrontare, nei limiti della presente trattazione, tale questione, non si può che condividere il “disagio” dottrinale (a maggior ragione in considerazione della loro “riscoperta” europea) rispetto alle criticità che, tra teoria e prassi, affliggono il sistema delle misure di sicurezza ma che, giova ribadirlo, non sembrano autorizzarne una riqualificazione in senso punitivo.

Anzitutto, i diversi ordinamenti europei si trovano a dover fare i conti con una frequente ed evidente inconciliabilità tra le modalità esecutive delle misure di sicurezza detentive e la funzione socio-terapeutica a loro accordata. Proprio l’argomento delle concrete modalità di esecuzione, in effetti, costituisce la chiave della “svolta” rappresentata dalla qualificazione in senso “penale” della *Sicherungsverwahrung* nella sentenza *M. c. Germania*, della quale ha dovuto prendere atto, come segnalato, lo stesso *Bundesverfassungsgericht* nel suo più recente intervento<sup>669</sup>. È evidente che una

---

<sup>666</sup> Si condivide, in questo senso, l’osservazione di I. CARACCIOLI, *I problemi generali*, cit., 123 s., che già notava come «il fatto che, in concreto, un soggetto imputabile si astenga dalla commissione di un illecito penale perché teme l’applicazione di una misura di sicurezza non è certo risultato che dal legislatore debba essere paventato».

<sup>667</sup> Cfr. le sentenze *Gardel c. Francia*, 17 dicembre 2009, § 43; *Bouchacourt c. Francia*, 17 dicembre 2009, § 42; *M.B. c. Francia*, 17 dicembre 2009, § 36 (v. *supra*, Cap. II, § 5.1). In effetti, proprio la registrazione degli autori di reati sessuali dimostra come la concreta disciplina possa effettivamente essere funzionale ad esigenze investigative e di prevenzione, carattere che la Corte europea riconosce alle normative inglese e francese e che, in effetti, appare essere coerente con taluni aspetti della regolazione (in particolare la segretezza), come nota T. THOMAS, *European developments in sex offenders registration and monitoring*, in *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2010, 403 ss.. D’altra parte, è evidente che qualora tale registrazione, di probabile futura estensione all’intera area europea, dovesse assumere caratteri “volutamente” afflittivi e, anzi, stigmatizzanti, ad esempio divenendo accessibile al pubblico, si assisterebbe ad una reale “truffa delle etichette”. Lo stesso si dica, nel medesimo ambito, di misure quali la castrazione chimica, che solo a determinate condizioni (tra tutte, la volontarietà della sottoposizione al trattamento) potrebbe essere riconosciuta come autenticamente preventiva. Ancora, la misura del c.d. “braccialetto elettronico”, adottata in alcuni sistemi, non potrebbe trasformarsi in un’attribuzione di un simbolo stigmatizzante, dovendo tale dispositivo risultare quanto più “invisibile” sia possibile.

<sup>668</sup> L’osservazione, tra i tanti, è riproposta da E. MUSCO, *La misura di sicurezza*, cit., 190 s., ma può essere superata alla luce di quanto detto circa il carattere delle misure che se può rivelarsi senza dubbio afflittivo (come si dice sovente, ancora più delle pene in ragione della durata indeterminata), non appare, in definitiva, “volutamente” (o “funzionalmente”) tale, soprattutto dopo le riforme che hanno eliminato i due aspetti della disciplina segnalati (che erano, effettivamente, contraddittori con le premesse preventive).

<sup>669</sup> Si può osservare, peraltro, come lo stesso problema sembri fondare la decisione del *Conseil constitutionnel* nel momento in cui si distinguono le sorti della *réention de sûreté* da quelle della *surveillance de sûreté*. Su tali questioni, v. *supra*, Cap. III, § 3.3.

misura le cui modalità di esecuzione corrispondono, di fatto, a quelle della pena non può validamente presentarsi come “risocializzante”, risultando le stesse compatibili eventualmente solo con finalità di mera neutralizzazione mediante segregazione<sup>670</sup> le quali, tuttavia, si pongono in contrasto con elementari esigenze di proporzione e, ancor prima, di umanità delle politiche preventive. La sentenza *M. c. Germania* appare, tuttavia, cadere in equivoco nel momento in cui confonde i diversi motivi posti a fondamento delle censure *ex artt. 5 e 7 Cedu*, addivenendo ad esiti incoerenti con tali premesse argomentative nel momento in cui si limita a dichiarare illegittimo solo il prolungamento retroattivo della misura e non anche l’originaria applicazione della stessa<sup>671</sup>, soluzione confermata nella successiva sentenza *Grosskopf*<sup>672</sup>.

Quella sulla violazione dell’art. 7 Cedu, pertanto, non appare essere una statuizione veramente “autonoma”, in quanto l’argomento centrale su cui la stessa si fonda avrebbe dovuto comportare una pronuncia di illegittimità *tout court* della *Sicherungsverwahrung* ai sensi dell’art. 5 Cedu. Dal reciproco punto di vista, risulta inimmaginabile una misura di sicurezza personale legittima in quanto compatibile con l’art. 5 Cedu – che, anche nelle ipotesi *sub* lettera a), richiede comunque la sussistenza di un’effettiva pericolosità sociale e l’adozione di un trattamento volto a ridurla<sup>673</sup> – e, allo stesso tempo, irretroattiva ai sensi dell’art. 7 Cedu perché sostanzialmente “punitiva”, il che è

---

<sup>670</sup> Come osservato da F. BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 46 ss.

<sup>671</sup> Tentando di ripercorrere con ordine gli argomenti e principi della sentenza *M. c. Germania*, si può notare che la Corte, tenendo fede ai propri precedenti, riconosce la legittimità dell’originaria imposizione della *Sicherungsverwahrung* in base all’art 5, § 1 lettera a), che contempla l’ipotesi di «*lawful detention of a person after conviction by a competent court*» in quanto “conseguenziale rispetto alla condanna”. In questa prospettiva, si comprende come il successivo prolungamento retroattivo (nella sentenza *M.* appunto) o l’applicazione postuma (come stabilito nella successiva *Haidn c. Germania*, 13 gennaio 2011, rispetto alla *nachträgliche Sicherungsverwahrung*), non giustificabili alla luce della lettera c), riferibile a ragioni preventive specifiche quali quelle che fondano la custodia cautelare, vengano considerati illegittimi, in quanto “sganciati” dal presupposto della condanna. *Ad adiuvandum*, nella sentenza *M.*, si riconosce anche una violazione dell’art. 7 Cedu per l’efficacia retroattiva della riforma di una misura aventi modalità esecutive analoghe alla pena (lasciando da parte l’*obiter dictum* sulla legalità *ex art. 5 Cedu*, criticato *supra*, Cap. III, § 3.3). Il punto è che, invece, il fondamentale argomento delle modalità esecutive segregative in luogo di quelle socio-terapeutiche, piuttosto che determinare un’ambigua riconduzione al concetto di “punizione”, avrebbero potuto e dovuto fondare una dichiarazione di illegittimità *tout court* della misura anche rispetto alla originaria applicazione nel termine di dieci anni, dato che le misure di sicurezza previste per gli imputabili per giustificarsi alla luce della lettera a) devono pur sempre essere proporzionate, in particolare garantendo «una ragionevole connessione tra le modalità dell’internamento e lo scopo di controllo e riduzione della pericolosità». In altri termini, l’argomento emerso nella motivazione *sub art. 7 Cedu* avrebbe giustificato una dichiarazione di illegittimità a prescindere dall’effetto retroattivo del prolungamento. Si condividono, pertanto, le puntuali critiche mosse all’argomentazione della sentenza *M.* nel momento in cui dà per assunta la compatibilità dell’originaria applicazione con la lettera a) di T. HÖRNLE, *Der Streit um die Sicherungsverwahrung*, cit., 489 ss., che osserva come la ritenuta applicabilità dell’art. 7 Cedu in ragione della somiglianza delle modalità esecutive o della severità della misura sia soluzione “superficiale” e carente di “sistematicità” e come ancor più discutibile sia la riconduzione della *Sicherungsverwahrung* alla lettera a) dell’art. 5, § 1, Cedu, sintomatica della “miserabile qualità” della sentenza della Corte europea.

<sup>672</sup> Nella sentenza *Grosskopf c. Germania*, 21 ottobre 2010, § 50 ss., infatti, invece che sviluppare l’argomento delle modalità esecutive equivalenti alla pena al fine di dichiarare illegittima *tout court* la misura a prescindere dall’efficacia nel tempo della recente riforma (che nel caso di specie, infatti, non era stata ancora applicata), la Corte dichiara la stessa in linea con l’art. 5 Cedu proprio richiamando la lettera a) del § 1.

<sup>673</sup> Da ultimo, in questo senso, cfr. la sentenza *De Schepper c. Belgio*, 13 ottobre 2009, §§ 44 ss., su cui L. BEDUSCHI, *Rassegna delle pronunce del triennio 2008-2010 in tema di art. 5 § 1 Cedu e art. 2 Prot. n. 4 Cedu*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011, 23.

dimostrato anche dall'inconsistenza degli argomenti con i quali il *Conseil constitutionnel* ha “salvato” la *réention de sûreté* escludendone, però, l'efficacia retroattiva (v. *supra*, Cap. III, § 3.3). Piuttosto che un vero problema di retroattività o di riqualificazione in senso penale di una misura che mantiene evidenti finalità di contrasto della pericolosità sociale, quindi, si tratta di censurare, in questi casi, le modalità con le quali tale finalità si manifestano e la loro invasività, criterio quantitativo che mantiene un'innegabile validità nell'ambito del giudizio di proporzione. Come già segnalato, pertanto, risulta maggiormente coerente il percorso argomentativo intrapreso dal *Bundesverfassungsgericht* che, con la pronuncia del 4 maggio 2011 – pur chiamato a fare un significativo “passo indietro” rispetto alla propria giurisprudenza di fronte alle osservazioni della Corte europea e riaffermando l'imprescindibilità dell'*Abstandgebot*<sup>674</sup> –, ha il merito di “mettere ordine” tra argomenti e principi, salvando la distinzione tra punizione e prevenzione ai fini dell'applicabilità dell'art. 103 GG e censurando *tout court* (pur con una sorta di sentenza “monito”, dagli effetti posticipati al 31 maggio 2013) l'attuale regolamentazione della *Sicherungsverwahrung*<sup>675</sup> (v. *supra*, Cap. III, § 3.3). Si consideri, peraltro, che a medesima sorte dovrebbero andare incontro, per quanto detto, le misure italiane della colonia agricola e della casa di lavoro, mentre più complessa sarebbe una loro discussione rimanendo fedeli all'itinerario argomentativo intrapreso dalla Corte europea<sup>676</sup>.

L'ulteriore profilo discutibile del “doppio binario” emerge proprio dalle già segnalate riflessioni critiche volte a mostrare una sovrapposizione di funzioni tra pena e misura di sicurezza. Premessa la possibilità di distinguere accezioni della prevenzione speciale e la compatibilità dell'art. 27, 3° c., Cost. con un sistema di “doppio binario”, a tali ricostruzioni dottrinali deve essere riconosciuto il merito, in ogni caso, di aver rilevato una realtà in cui la logica della pericolosità, come segnalato, filtra già ampiamente nella disciplina della pena (v. *supra*, § 6.1). Come è stato puntualmente osservato, in effetti, anche a fronte di un commiato dalle misure di sicurezza, si dovrebbe fare i conti con la successiva “ricollocazione” delle istanze preventivo-securitarie sul binario della pena<sup>677</sup>. Il problema, allora, non è tanto quello di abbandonare la misura di sicurezza sostenendone

---

<sup>674</sup> Ossia di un percorso differenziato tra pene e misure di sicurezza che caratterizzi le seconde nel senso della rimessa in libertà

<sup>675</sup> In proposito, cfr. l'ampia analisi degli argomenti della sentenza di M. PELISSERO, *Il controllo*, cit., 33 ss..

<sup>676</sup> Tali misure, come noto e come osservava già E. MUSCO, *La misura di sicurezza*, cit., 143 e 158, hanno un'esecuzione sostanzialmente uguale alla pena detentiva (più di recente, sul punto, cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., 211). Ora, è evidente che se l'argomento delle modalità esecutive viene dedotto solo *ex art. 7 Cedu* e si giustifica la loro imposizione *ex art. 5 Cedu*, lett. a), soprattutto alla luce della sentenza *Grosskopf*, non si riesce a discutere nella sua legittimità una disciplina che da più di ottant'anni non assiste a riforme peggiorative (essendo, in particolare, la durata già priva di termine massimo).

<sup>677</sup> Cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., 4 ss., 212 ss., 354 ss., in cui si osserva come «interrogarsi oggi sui limiti di legittimazione del doppio binario, sulla necessità del suo abbandono o di un drastico ridimensionamento, solleva problemi non indifferenti, in quanto coinvolge considerazioni più ampie sulle funzioni della pena e sul ruolo del complessivo sistema sanzionatorio come strumento di controllo sociale», riferendosi all'osservazione di Musco secondo

un'identità rispetto alla pena, quanto di stabilire i limiti entro i quali possono trovare spazio le strategie di controllo sociale così come distribuite su entrambi i binari. In questo senso si pone effettivamente il problema di una sovrapposizione tra pene e misure di sicurezza che si presenta non tanto perché le seconde si colorino di tratti punitivi, quanto piuttosto perché sono le prime che vengono a farsi carico di logiche trattamentali che vanno ben oltre la (irrinunciabile) componente rieducativa.

Tale considerazione conferma, quindi, come risulti riduttivo e non pertinente richiedere l'estensione del principio di legalità alle misure di sicurezza – tanto più in un sistema, come quello italiano, dove la questione si rivela meramente accademica stante l'immobilità della disciplina – quando l'autentico problema concerne piuttosto la proporzione dell'intero apparato di prevenzione *post delictum*<sup>678</sup>. La stessa irretroattività della qualificazione come reato del fatto-presupposto dell'applicazione della misura di sicurezza appare una soluzione dettata dal principio di proporzione, anziché riconducibile ai fondamenti del principio di riconoscibilità, configurando una norma "secondaria" (in senso hartiano) rivolta al giudice piuttosto che "primaria" indirizzata al cittadino<sup>679</sup>. E le difficoltà nel tradurre in chiave dimostrativa un principio (significativamente talvolta declinato nell'idea di "non manifesta sproporzione") non espressamente previsto dall'ordinamento italiano (a differenza di quanto avviene nell'art. 62 StGB tedesco) – ma pur

---

cui la genesi delle misure di sicurezza non è che «un capitolo particolare della questione della teoria della pena ed in questa trova un suo naturale punto d'ancoraggio», notando che ogni proposta abolizionista «compirebbe una operazione sbrigativa, che tralascerebbe di rispondere alle esigenze di difesa sociale a cui la logica del doppio binario, nel bene o nel male, è da sempre finalizzata» e proponendo infine un riassorbimento "equilibrato" e "realistico" dei giudizi prognostici (ritenuti irrinunciabili) nell'orizzonte della pena, riconoscendo peraltro in sede di conclusioni come tale proposta non si discosti tanto da quelle di "seria" revisione delle misure di sicurezza ma riesca ad offrire maggiori garanzie.

<sup>678</sup> Parametro che, sulla scia dell'elaborazione dottrinale tedesca (e della prospettiva convenzionale segnalata *supra*, Cap. III, § 3.3), viene richiamato anche dalla dottrina italiana che si è occupata della tematica di recente, sia declinato rispetto alle misure previste per i non imputabili (a seguito della sentenza del *BVerG*, 8 ottobre 1985, in *NJW*, 1986, 767 ss., le cui indicazioni sono state a distanza di tempo recepite anche dalla Corte costituzionale, in particolare nelle sentenze nn. 253/2003 e 367/2004 sulla disciplina dell'ospedale psichiatrico giudiziario), sia rispetto alle misure previste per gli imputabili, pur segnalando la sua insufficiente realizzazione negli stessi ordinamenti in cui tale principio si è affermato (tra tutti la Germania, almeno prima dell'ultima sentenza sulla *Sicherungsverwahrung* del 2011). Su entrambi i profili, cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., 191 ss. e 336 ss..

<sup>679</sup> Ciò spiega perché tale limite valga anche per il non imputabile, rispetto al quale la fattispecie può comunque fungere da norma-garanzia ancorché non da norma-comando, secondo la nota ricostruzione, sulla scia della riflessione di Nuvolone, di F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Giuffrè, Milano, 1961, 130, e ribadita in *Id.*, voce *Teoria generale*, cit., 57 s.. E allora la soluzione maggioritaria in dottrina che, come sottolineato precedentemente, vuole l'art. 200 c.p. mitigato dalla necessaria irretroattività della previsione del fatto commesso come reato, rispetto al quale potrebbe retroagire, quindi, solo l'introduzione di una nuova misura o la sostituzione di una originariamente prevista, piuttosto che alle esigenze di riconoscibilità (impensabili, appunto, in capo al non imputabile), appare spiegarsi in relazione alla stessa assunzione da parte dell'art. 202 c.p. della commissione di un fatto oggettivo come reato (o "quasi-reato") accanto a quella della pericolosità sociale come presupposto applicativo delle misure di sicurezza. In altri termini, è l'idea di proporzione che vieta che le misure di sicurezza siano applicate in base ad un giudizio di pericolosità svincolato dalla manifestazione qualificata dell'episodio criminoso (ciò che vale anche per i non imputabili, in particolare dalla riforma operata dalla legge Basaglia del 1978 che, abbandonando il sistema custodialistico dei manicomi in vigore dal 1904, traccia una chiara distinzione tra il binario di prevenzione penale ed extrapenale) e, per questo motivo, tale qualificazione deve essere antecedente alla commissione del fatto-sintomo, venendo altrimenti tradita la logica dell'art. 202 c.p..

sempre richiamato nella giurisprudenza costituzionale<sup>680</sup> e ben riallacciabile al canone della ragionevolezza<sup>681</sup> – non giustificano il ripiego su quello della legalità-riconoscibilità, che eventualmente non potrebbe che offrire soluzioni parziali<sup>682</sup>. Anche assumendo un’effettiva dualità di funzioni, ad esempio, sarebbe comunque doverosa una riconsiderazione della legittimità delle misure custodiali per i soggetti imputabili, potendosi discutere sullo stesso piano etico-sociale la pretesa di un ordinamento di ricorrere a politiche di prevenzione criminale nei confronti di soggetti capaci di intendere e di volere e, quindi, in grado di comprendere il significato della punizione loro inflitta (in quanto “motivabili” attraverso norme)<sup>683</sup>. Solo in quest’ottica, come si è detto, appare criticabile ancora una volta la posizione del *Bundesverfassungsgericht*<sup>684</sup> e, d’altra parte, quella della stessa Corte europea, che continua ad individuare, come parametro di riferimento per le misure custodiali, la lettera a) dell’art. 5, § 1, Cedu che, invece, contempla l’ipotesi affatto differente dell’applicazione della pena<sup>685</sup>.

### **6.3. Le misure di prevenzione, una pervicace “truffa delle etichette”?**

Il settore dell’ordinamento italiano rispetto al quale si sono storicamente rivelate più vivaci le discussioni dottrinali circa la qualificazione (punitiva o preventiva) delle misure è, indubbiamente, quello della prevenzione *ante delictum* nato con la legge n. 1423/1956 ed orientato, a partire dalla

---

<sup>680</sup> Cfr., ad esempio, le già segnalate sentenze della Corte costituzionale nn. 253/2003 e 367/2004 sulla disciplina dell’o.p.g.

<sup>681</sup> Cfr., in particolare, le osservazioni di V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 757 ss..

<sup>682</sup> Giova ribadire che il problema della *Sicherungsverwahrung*, ad esempio, così come analizzato dalla stessa Corte europea, prescinde dalla sua retroattività. Piuttosto, come detto, anche nel settore preventivo, il principio di legalità mantiene quell’importante significato di *prééminence du droit* e di divieto di arbitrarietà della concreta decisione giudiziale (arricchito, nei sistemi continentali, dalle esigenze di democraticità della fonte) su cui ci si è soffermati precedentemente (v. *supra*, Cap. III, § 3.3).

<sup>683</sup> In questo senso, allora, può essere apprezzata la già segnalata nota critica alla *Sicherungsverwahrung* di Karl Albert Hall, così come le successive riflessioni emerse nella letteratura tedesca (ed in quella italiana nel pensiero di Giuseppe Bettiol ma anche di Marcello Gallo) volte a negare la legittimità della misura di sicurezza detentiva per l’imputabile da un punto di vista etico-sociale evidenziate in E. MUSCO, *La misura di sicurezza*, cit., 207 ss., e richiamate di recente da M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., 330 ss..

<sup>684</sup> Che, come sottolinea criticamente M. PELISSERO, *Il controllo*, cit., 37, non appare considerare adeguatamente la forte incidenza della *Sicherungsverwahrung* sulla sfera di libertà individuale o comunque ritiene che questo profilo possa essere compensato da una revisione dell’esecuzione della misura in chiave terapeutico-riabilitativa.

<sup>685</sup> La Corte, infatti, si riferisce alla lettera a) per le misure custodiali previste per gli imputabili, dato che queste comunque vengono applicate a seguito di una condanna, ancorché la dizione «*lawful detention of a person after conviction by a competent court*» faccia chiaramente riferimento alla sola imposizione della pena, dando effettivamente prova di quella “miserabile qualità” dell’argomentazione denunciata da T. HÖRNLE, *Der Streit um die Sicherungsverwahrung*, cit., 491. Peraltro, anche mantenendo tale norma come riferimento convenzionale, potrebbe porsi altresì un problema di proporzione dell’intero trattamento penale rappresentato dalla somma di pena e misura di sicurezza detentiva. Interessante, invece, risulta il fatto che il *Bundesverfassungsgericht* nella sentenza del 4 maggio 2011 preferisca riferirsi alla lettera e), che ammette la detenzione per i soggetti pericolosi in quanto malati di mente, e che invece viene richiamato dai giudici di Strasburgo solo nel caso delle misure detentive previste per i non imputabili (mancando, appunto, una condanna). Probabilmente la posizione del secondo tribunale è più coerente con lo spirito della norma, ma rimane l’impressione che proprio sulla base di un’interpretazione più rigorosa (o evolutiva) dell’art 5 Cedu vi sarebbero i margini per una dichiarazione di illegittimità *tout court* delle misure di sicurezza detentive applicate, almeno se congiuntamente alla pena e fuori da ogni sistema di vicarietà, ai soggetti imputabili.

legge n. 575/1965, al contrasto della criminalità organizzata, in un'incessante implementazione che caratterizza anche la recente legislazione, in particolare rispetto alle misure patrimoniali introdotte nel 1982, e che è sfociata nella sistemazione organica della disciplina ad opera del recente d. lgs. n. 159/2011 (c.d. "codice antimafia"); è soprattutto all'apparato antimafia, pertanto, che occorre ora volgere l'attenzione.

Ora, l'impressione è che, effettivamente, il sistema delle misure di prevenzione non riesca a sottrarsi alle accuse di celare un'autentica "frode delle etichette", in quanto ancorato al presupposto fondamentale rappresentato dal sospetto di appartenenza ad un'associazione mafiosa<sup>686</sup>. La norma – vero "peccato originale" dell'impianto di prevenzione personale e patrimoniale – svela i tratti di quella che non è altro che una reazione punitiva ad un fatto commesso ma non provato, configurando il sistema come *praeter delictum* (o meglio *praeter probationem delicti*) piuttosto che *ante delictum*; ed è significativo che tale considerazione venisse già condivisa da entrambi gli orientamenti dottrinali che si confrontavano nel noto convegno di Alghero del 1974<sup>687</sup>. In altri termini, è assente ogni indicazione normativa che suggerisca la formulazione di un giudizio prognostico sul preposto<sup>688</sup>, salvo richiamare inaccettabili logiche di pericolosità presunta formulata in relazione alla (sospetta) commissione di un reato, quello associativo, che già di per sé è caratterizzato da un'anticipazione della tutela rispetto alla realizzazione dei reati-scopo<sup>689</sup>. Di fatto, si manifesta una fondamentale incoerenza tra una disciplina informata da elementi di colpevolezza sostanziale (per un fatto commesso) ma che sfugge alle garanzie imposte dalla rifrazione processuale della presunzione di innocenza<sup>690</sup>.

---

<sup>686</sup> In base all'art. 1 della legge n. 575/1965 e, adesso, agli artt. 4 e 16 del codice antimafia.

<sup>687</sup> In questo senso, infatti, si esprimeva anche un autorevole sostenitore della necessità di conservare i binari di prevenzione *ante e post delictum* come Pietro Nuvolone (proprio in base alla distinzione tra "legalità repressiva" e "legalità preventiva" già più volte segnalata), il quale tuttavia rispetto al sistema antimafia prendeva atto del fatto che «la maggiore divergenza rispetto alla legge n. 1423 è questa: la fattispecie soggettiva, presupposto delle misure di prevenzione, è soltanto la qualità di indiziato di appartenere ad associazioni mafiose, prescindendosi completamente dalla situazioni descritte nell'art. 1 della legge del 1956»; cfr. P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione*, cit., 645, riprendendo considerazioni già svolte in ID., *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1974, 470 s., e rivolte in parte anche all'apparato di cui alla legge del 1956. E tale osservazione critica non poteva che essere condivisa, notando appunto l'improprietà di una qualificazione genuinamente *ante delictum* o preventiva (anche in relazione all'assenza di ogni vocazione risocializzante delle misure previste nell'originario testo del 1956) da F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Pol. dir.*, 1974, 354 ss.. E tale argomento fondamentale caratterizza tuttora la critica al sistema delle misure di prevenzione, richiamato di recente anche da D. FONDAROLI, *Misure di prevenzione e presunta pericolosità dei beni*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, 1527, e da Tullio Padovani nella sua relazione al Convegno nazionale "Pericolosità e giustizia penale" organizzato dall'Associazione Franco Bricola a Udine il 25 e 26 marzo 2011.

<sup>688</sup> A differenza di quanto avviene per le misure di sicurezza, rispetto alle quali il previo accertamento della commissione di un reato non fa che "qualificare" l'autentico presupposto applicativo, ossia la formulazione di un giudizio di pericolosità sociale.

<sup>689</sup> Cfr. tra tutti, G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Cedam, Padova, 1983, 185 ss e 276 ss..

<sup>690</sup> A differenza di quanto avviene per le misure di sicurezza, infatti, l'applicazione delle misure di prevenzione appare comunque, seppur in chiave indiziaria, tutta incentrata su di un giudizio di colpevolezza per un illecito commesso (l'appartenenza all'associazione appunto).

In relazione alle misure patrimoniali, peraltro, i risvolti punitivi sono ancora più evidenti se si considerano gli ulteriori presupposti sui quali si fondano gli istituti del sequestro e della confisca di prevenzione, ossia la sproporzione dei beni rispetto al reddito del preposto e la sua incapacità di giustificare l'origine lecita<sup>691</sup>. A poco vale osservare come la stessa giurisprudenza di legittimità tenti di non appiattirsi su di un mero meccanismo presuntivo<sup>692</sup>, perché anche in presenza di una prova effettiva circa l'origine illecita dei beni, il modello ablativo rimarrebbe pur sempre, per come strutturato, di matrice punitiva (il che è dimostrato proprio da taluni correttivi giurisprudenziali) stante l'assenza di ogni giudizio sulla destinazione, piuttosto che sulla provenienza, dei beni<sup>693</sup>. E la deriva punitiva delle misure patrimoniali emerge anche dalla recente commistione tra i modelli di confisca "allargata" e "per equivalente"<sup>694</sup>, sino a divenire manifesta allorché tale forma onnivora di ablazione patrimoniale viene riferita a fattispecie delittuose estranee al fenomeno mafioso rispetto

<sup>691</sup> Secondo il modello scolpito dall'art. 2 *ter* della legge n. 575/1965, perfezionato dal d.l. n. 92/2008, ed ora confluito negli artt. 20 e 24 del codice antimafia.

<sup>692</sup> Se si guarda a quelle pronunce che non si accontentano di rilevare una generale sproporzione tra patrimoni e reddito e si riferiscono ad ulteriori criteri come la concreta sproporzione di ogni singolo bene o la correlazione temporale tra la pericolosità e l'acquisizione dei beni confiscati (sul punto, cfr. le osservazioni ed i relativi riferimenti giurisprudenziali in A.M. MAUGERI, *Profili di legittimità costituzionale delle sanzioni patrimoniali (prima e dopo la riforma introdotta dal decr. n. 92/2008): la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Suprema Corte*, in F. Cassano, a cura di, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, Neldiritto Editore, Roma, 2009, 69 ss.). Si può osservare, d'altra parte, che la stessa giurisprudenza di legittimità ancora faticosi a trovare un equilibrio stabile rispetto a tale questione che, invece, appare riaprirsi ciclicamente, senza contare che dietro formule apparentemente garantistiche può comunque celarsi il rischio di una lesione delle prerogative della difesa, come osserva criticamente A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 379 ss..

<sup>693</sup> Condivisibili, pertanto, le osservazioni di A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 384 ss.; in senso contrario, tuttavia, cfr. G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, 123, secondo il quale la disciplina della confisca sarebbe coerente con la sua qualificazione preventiva. Un giudizio di pericolosità sui beni, in effetti, affiora semmai solo nell'art. 3 *quater* della legge n. 575/1965 e ora nell'art. 34, 2° c., del codice antimafia, il quale prevede che «quando ricorrono sufficienti elementi per ritenere che il libero esercizio delle attività economiche di cui al comma 1 agevoli l'attività delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti previsti dagli articoli 416-bis, 629, 630, 644, 648-bis e 648-ter del codice penale, il tribunale dispone l'amministrazione giudiziaria dei beni utilizzabili, direttamente o indirettamente, per lo svolgimento delle predette attività», ammettendo al 9° comma la possibilità di sequestro preventivo di tali beni in caso di pericolo di sottrazione, dispersione e alienazione. Tale giudizio di pericolosità dei beni, in effetti, si rende necessario data l'applicabilità della misura a soggetti che non rientrano nel novero dei proponibili per l'applicazione delle misure di prevenzione. Ora, a parte il problema dell'efficacia sui terzi in buona fede, da vagliare sempre alla luce del principio di proporzione, è evidente che un tale criterio risulta maggiormente coerente con logiche preventive e che per tale motivo potrebbe essere generalizzato rispetto ad ogni misura di prevenzione patrimoniale.

<sup>694</sup> Con il d.l. 92/2008, infatti, è stata inserito nel dettato dell'art. 2 *ter*, un decimo comma che ammette la confisca per equivalente qualora la persona nei cui confronti è proposta la misura di prevenzione disperde, distrae, occulta o svaluta i beni al fine di eludere l'esecuzione dei provvedimenti di sequestro o di confisca su di essi; in fase di conversione dello stesso decreto, inoltre, analoga disposizione è stata inserita nell'art. 12 *sexies* della legge n. 356/1992 – la cui formulazione è stata perfezionata tuttavia solo con la legge n. 94/2009, che ha rimosso l'inciso che ambigualmente si riferiva ai proventi del reato – cosicché l'odierno comma 2 *ter* della disposizione prevede che «nel caso previsto dal comma 2, quando non è possibile procedere alla confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui al comma 1, il giudice ordina la confisca di altre somme di denaro, di beni e altre utilità per un valore equivalente, delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona». La clausola di equivalenza (ora stabilita dall'art. 25 del codice antimafia) permette così di agire anche su beni acquisiti licitamente, in misura pari a quelli di origine illecita che non si è riusciti ad apprendere, così scolpendo un modello in cui ciò che conta è la sottrazione di una determinata quantità di ricchezza, piuttosto che un'indagine sull'origine o sulla destinazione dei beni. Non si possono, pertanto, che richiamare le considerazioni svolte *supra*, § 4.3, circa la deriva punitiva di tale meccanismo ablativo, osservata anche da D. FONDAROLI, *Misure di prevenzione*, cit., 1530 ss. e 1537.

alle quali le logiche preventive sfumano del tutto. Esempio, in questo senso, risulta la vicenda relativa all'ipotesi di confisca "allargata" di cui all'art. 12 *sexies* della legge n. 356/1992 – sorta di misura di prevenzione *post delictum*<sup>695</sup> –, già prevista per fattispecie non necessariamente connesse al crimine organizzato e, successivamente, estesa a molti reati contro la Pubblica Amministrazione dalla legge n. 296/2006 così da svelarne definitivamente i tratti punitivi<sup>696</sup>, di fatto riconosciuti (più o meno consapevolmente) anche dal giudice di legittimità<sup>697</sup>.

In definitiva, il sistema di prevenzione *ante delictum*, pur ostacolando effettivamente la commissione dei delitti-scopo dell'associazione (funzione "indiretta" innegabile ma, d'altra parte, già assolta dall'incriminazione dell'accordo associativo), appare reggersi essenzialmente su di una dimensione volutamente afflittiva delle misure in grado di esplicitare un fondamentale messaggio deterrente e monitorio. Se, pertanto, non possono che condividersi le critiche sollevate rispetto all'atteggiamento eccessivamente timoroso della Corte europea in materia<sup>698</sup>, nello smascheramento di tale "frode legislativa" sarebbe auspicabile un ruolo maggiormente critico dei giudici interni (in particolare, della Corte costituzionale) a prescindere da un (atteso) *revirement* nella giurisprudenza di Strasburgo. Quanto alle conseguenze di tale riqualificazione, non v'è dubbio che, proprio perché

---

<sup>695</sup> Nella sua ampia estensione (anche in questo caso fondata su meccanismi presuntivi sull'origine dei beni), tale forma di confisca è sempre stata giustificata da logiche preventive, ancorché ancorata all'accertamento di un reato, venendo così qualificata come misura di prevenzione *post delictum* da L. FORNARI, *Criminalità del profitto*, cit., 63 ss., che evidenzia come la norma non faccia che riproporre quelle esigenze preventive che stavano alla base di quell'art. 12 *quinquies* della stessa legge (poi dichiarato incostituzionale nella nota sentenza C. Cost. n. 48/1994) che le stesse veicolava attraverso la formulazione di un'apposita fattispecie di reato, e come intenda così attuare uno stretto collegamento tra procedimento di prevenzione ed eventuale procedimento penale sopravvenuto, dato che nel secondo il sequestro può coprire tendenzialmente lo stesso spettro di beni eventualmente già sottratti all'esito del primo. Ora, se è vero che senza dubbio l'art. 12 *sexies* si pone in rapporto di stretta parentela con la confisca di prevenzione *ante delictum*, quanto detto circa la natura di quest'ultima non può che condurre ad una qualificazione sostanzialmente punitiva anche della prima. In questo senso, si condivide lo sguardo critico di A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni*, cit., 517 e ss. e, da ultimo, di D. FONDAROLI, *Misure di prevenzione*, cit., 1537.

<sup>696</sup> Il parallelismo tra estensione dell'ambito applicativo e deriva verso una funzione spiccatamente punitiva è osservato da A.M. MAUGERI, *Profili di legittimità*, cit., 128 ss., che osserva come la presunzione di provenienza illecita assuma caratteri di irrazionalità a fronte del cedimento di ogni fondamento empirico. Nello stesso senso, R. ACQUAROLI, *L'estensione dell'art. 12 sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la Pubblica Amministrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 255, il quale peraltro osserva come non sia di facile soluzione il concorso (che potrebbe essere addirittura ritenuto "apparente") tra strumenti ablativi. Critico sul punto anche G. GRASSO, *Profili problematici delle nuove forme di confisca*, in A.M. Maugeri, a cura di, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milano, 2008, 133 s.

<sup>697</sup> Cfr. la recente sentenza Cass. pen., II sez., 25 maggio 2010, n. 32273, in *Guida Dir.*, n. 41/2010, 87, nella quale, nell'ammettere l'efficacia della confisca *ex art. 12 sexies* anche in caso di prescrizione (ridiscutendo anche le conclusioni delle Sezioni Unite De Maio sull'art. 240 c.p.), si afferma che la misura «risponde a una duplice finalità, ossia quella di colpire il soggetto che ha acquisito i beni illecitamente e quella di eliminare in maniera definitiva dal mondo giuridico e dai traffici commerciali valori patrimoniali la cui origine risale all'attività criminale posta in essere», coerente con «una concezione della confisca segnata da una forte spinta alla valorizzazione della funzione preventivo-repressiva dell'istituto»; e ancora, si osservano «le dichiarate ragioni di politica criminale alla base delle più recenti linee evolutive dell'istituto della confisca che, nell'evidente intento di dimostrare che "il delitto non paga" e che i proventi di esso devono essere il più possibile sottratti dallo Stato alle aspettative di profitto degli autori del crimine, hanno inciso sui profili tradizionali della materia», come se tali finalità non fossero quelle preventive più propriamente riconducibili (come ampiamente sottolineato in questa ricerca) al concetto di punizione.

<sup>698</sup> Cfr., ad esempio, A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 530 ss., che denuncia una certa contraddizione con l'approccio della stessa Corte in tema di definizione di "materia penale".

volte a scoraggiare i consociati dal porre in essere condotte anche solo in grado di fondare un sospetto di appartenenza ad un'associazione mafiosa, le misure di prevenzione non possono che essere sottoposte al principio di legalità-riconoscibilità<sup>699</sup>. Ma tale soluzione non configurerebbe che un accorgimento minimo rispetto ad un più ampio problema di illegittimità di una disciplina fondata su meccanismi presuntivi – sia il giudizio di appartenenza all'associazione, sia quello sull'origine dei beni – contrari al principio di presunzione d'innocenza sancito dagli art. 27, 2° c., Cost. e 6, § 2, Cedu<sup>700</sup> oltre che, in taluni casi, al canone della responsabilità personale<sup>701</sup>. A queste condizioni, anche la giurisprudenza di legittimità e della stessa Corte europea che tende a sottrarre il giudizio sulla provenienza dei beni a logiche meramente presuntive e a garantire i principi di contraddittorio e di pubblicità del procedimento<sup>702</sup> risulta insufficiente nel momento in cui il presupposto fondamentale rimane, in ogni caso, quello del mero sospetto di appartenenza all'associazione: la reazione punitiva, quindi, per quanto la sua misura possa essere effettivamente determinata nel contraddittorio, resta svincolata un pieno accertamento dell'illecito.

---

<sup>699</sup> Significativi i termini di F. BRICOLA, *Forme di tutela*, cit., 364, che osservando criticamente l'aggancio al 25, 3° c., operato dalla Corte costituzionale al fine di giustificare, rispetto al principio di tassatività, misure fondate su di un giudizio di pericolosità, dubitava fortemente che «questa equiparazione con le misure di sicurezza reggerebbe qualora si trattasse di estendere alle misure di prevenzione quell'esenzione dal divieto costituzionale di retroattività che è prevista dall'art. 25 terzo comma». La giurisprudenza di legittimità, tuttavia, non si è dimostrata dello stesso avviso, se si considerano, ad esempio, in relazione alla prima introduzione delle misure patrimoniali, le sentenze Cass., 3 febbraio 1986, in *Cass. pen.*, 1987, 814; Cass., 2 aprile 1987, in *Cass. pen.*, 1987, 2214; Cass., 16 febbraio 1987, in *Cass. pen.*, 1988, 926; ovvero in relazione alle recenti modifiche Cass., 4 febbraio 2009, n. 6000, tutte volte ad ammettere la retroattività della disciplina delle misure di prevenzione.

<sup>700</sup> Ci si può limitare a richiamare, data l'evidenza della conclusione, le osservazioni critiche già svolte da F. BRICOLA, *Forme di tutela*, cit., 378 ss., rispetto alla giurisprudenza costituzionale volta ad escludere l'applicabilità dell'art. 27, 2° c., secondo una netta distinzione tra sanzione penale e misura di prevenzione, indicata come autentica «frode legislativa» tale da comportare un vistoso contrasto delle fattispecie fondate sul «sospetto» o sull'«indizio» con i canoni della presunzione di innocenza. Nello stesso senso, cfr. i termini di A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, 228 s., secondo il quale, contemplando la disciplina misure sostanzialmente punitive, queste ultime non sono in armonia con l'art. 27 Cost., dato che «se è da considerarsi «non colpevole» l'imputato, a fortiori è da considerare tale anche il cittadino che non rivesta una siffatta qualifica».

<sup>701</sup> Il d.l. n. 92/2008, convertito nella legge n. 125/2008, infatti, ha configurato un'ulteriore accelerazione nel processo di emancipazione delle misure patrimoniali da quelle personali mediante l'introduzione della regola di cui all'art. 2 bis, 6° c. bis, che ammette la disposizione delle misure preventive patrimoniali anche in caso di morte del soggetto proposto per la loro applicazione, e poi ulteriormente specificata dalla legge n. 94/2009 (c.d. pacchetto sicurezza 2009), che ha chiarito che le misure patrimoniali possono essere richieste «indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione». Si tratta, in pratica, di aggredire i beni di origine illecita anche in caso di trasmissione agli eredi.

<sup>702</sup> Oltre alla giurisprudenza di legittimità sopra segnalata, si può osservare che la Corte europea, pur ritenendo inapplicabile il *volet pénal* dell'art. 6 Cedu e, quindi, il principio di presunzione di innocenza, ha da tempo derivato dal generale principio di equità processuale di cui al § 1 della stessa disposizione, sempre applicabile qualora rilevino diritti patrimoniali del ricorrente, il diritto della difesa a dimostrare l'origine lecita dei beni, come si legge nelle sentenze *Phillips c. Regno Unito*, 5 luglio 2001; *Van Offeren c. Paesi Bassi*, 5 luglio 2005, e *Geerings c. Paesi Bassi*, 1 marzo 2007, significativa perché invece vi è un'applicazione dell'art 6, § 2, Cedu (sul punto, cfr. le annotazioni di A. BALSAMO, *Il rapporto tra forme moderne di confisca e presunzione di innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2007). E tale impostazione è stata ripresa proprio in riferimento alle misure di prevenzione patrimoniali italiane, ad esempio nelle decisioni *Arcuri e a. c. Italia*, 5 luglio 2001, e *Riela e a. c. Italia*, 4 settembre 2001. Quanto alla pubblicità del procedimento, cfr. da ultimo la sentenza *Leone c. Italia*, 2 febbraio 2010, §§ 29 ss., in cui la Corte europea, confermando l'orientamento inaugurato con la sentenza *Bocellari e Rizza c. Italia*, 13 novembre 2007, §§ 38 ss., ha ancora una volta censurato il rito camerale nei gradi di merito, poi recepita nella sentenza della Corte costituzionale n. 93/2010; sul punto, cfr. le osservazioni di A. BALSAMO, in *Cass. pen.*, 2010, 2451 ss..

A ben vedere, il sistema delle misure *ante delictum* sconta la difficoltà di definizione di un criterio prognostico in grado di legittimarne la qualificazione come preventive; in questo senso, sembra rivelarsi ancora attuale (se non altro in chiave critica) la tesi dottrinale secondo la quale una siffatta disciplina non potrebbe che essere incardinata in un contesto cautelare rispetto ad un procedimento penale attivato per l'accertamento dei reati contestati, anche qualora si tratti di misure non incidenti in senso stretto sulla libertà personale<sup>703</sup>. Diversa, come noto, è la posizione della Corte europea la quale ritiene ammissibili strategie di prevenzione *ante delictum* fuori dalle condizioni di cui all'art. 5, § 1, lett. c), Cedu, se non incidenti sulla libertà personale<sup>704</sup> e, in particolare, se di tipo patrimoniale<sup>705</sup>, posizione questa che risulta oggi ampiamente recepita anche nella letteratura italiana<sup>706</sup> e sulla quale si può anche convenire, a condizione che si costruisca una

---

<sup>703</sup> In questo senso, cfr. F. BRICOLA, *Forme di tutela*, cit., 374 e 387 ss., secondo il quale «la carcerazione preventiva (...) garantisce il perseguimento effettivo, salvo censurabili deviazioni nell'esercizio del potere discrezionale, di quelle finalità che le sono coesenziali e i cui limiti di ammissibilità sono segnati dalla presunzione costituzionale di non colpevolezza» e concludendo, premesso un concetto «ampio» di libertà personale, per «la necessità di interpretare la clausola generale di cui all'art. 13 secondo comma Cost. come comprensiva di tutte le altre possibili, oltre a quelle menzionate, misure restrittive della libertà personale in funzione servente rispetto ad un processo volto ad applicare le sanzioni criminali rigorosamente previste dall'art. 25 Cost.». Veniva ripresa e sviluppata criticamente, proprio accogliendo tale definizione estesa di libertà personale, la tesi di L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962, *passim*. Nello stesso senso, sempre in occasione del convegno di Alghero organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale nel 1974, si esprimeva anche F. TAGLIARINI, *Le misure di prevenzione contro la mafia*, in *Ind. pen.*, 1974, 375 ss..

<sup>704</sup> Da un lato, infatti, proprio il fatto che le misure di prevenzione antimafia non si fondino su di un giudizio prognostico concreto e specifico come quello che legittima l'adozione di provvedimenti cautelari ai sensi dell'art. 5 Cedu, § 1, lett. c), ha fondato la declaratoria di illegittimità delle misure di prevenzione sostanzialmente private della libertà personale (nel noto precedente *Guzzardi c. Italia*, 6 novembre 1980, § 95 ss., relativo alla sorveglianza speciale sull'isola dell'Asinara, considerata alla stregua di una misura detentiva); dall'altro, tuttavia, la Corte europea, considera tali misure compatibili con il requisito della proporzionalità, in questo senso meno stringente, previsto dall'art. 2 Prot. n. 4 Cedu in tema di libertà di movimento, che peraltro specificamente richiama l'esigenza di prevenire la commissione di reati, e dall'art. 1 Prot. n. 1 Cedu in tema di proprietà privata. Significativo notare, peraltro, che i maggiori spazi offerti dalla Convenzione venissero già osservati proprio da F. BRICOLA, *Forme di tutela*, cit., 391 ss., che tuttavia riteneva dovesse prevalere il più rigoroso *standard* garantistico di matrice costituzionale.

<sup>705</sup> Alla luce della ricorrente considerazione secondo la quale «il fenomeno della criminalità organizzata ha raggiunto in Italia delle proporzioni ben preoccupanti. I profitti smisurati che le associazioni di tipo mafioso ricavano dalla loro attività illecita gli danno un potere la cui esistenza mette in discussione il primato del diritto nello Stato. Così, i mezzi adottati per combattere questo potere economico, in particolare la confisca in questione, possono apparire indispensabili per lottare efficacemente contro le suddette associazioni». Il passaggio è ribadito in tutte le decisioni recenti della Corte europea in materia di misure di prevenzione, v. da ultimo *Bongiorno e a. c. Italia*, 5 gennaio 2010, § 45.

<sup>706</sup> Cfr., in particolare, G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 114, che sottolinea come la prevenzione patrimoniale non comporti gli stessi problemi di costituzionalità di quella personale. In termini analoghi, cfr. anche L. FORNARI, *Criminalità del profitto*, cit., 217 e ss., il quale ammette un arretramento delle garanzie penalistiche, in particolare in riferimenti ai principi sulla prova, rispetto alle misure patrimoniali, sottolineando che «il rischio da evitare è che atteggiamenti di oltranzistica difesa dei principi del diritto penale "classico" si traducano in un'ingenua ed aprioristica chiusura a forme efficaci di difesa di interessi basilari tutelati nell'ordinamento». Ancora, cfr. G. CASAROLI, *Le misure di prevenzione patrimoniali tra accertamento del fatto e valutazione degli indizi*, in C.E. Paliero-E. Dolcini, a cura di, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, 2230, che sottolinea come, almeno sotto il profilo dell'efficacia, sia unanimemente riconosciuto che l'introduzione delle misure patrimoniali ha rappresentato un grande passo avanti e un punto fermo ormai irrinunciabile nell'azione di contrasto della criminalità organizzata.

disciplina coerente con tale vocazione preventiva così da giustificare anche l'efficacia *in rem* della misura ablativa<sup>707</sup>.

Quanto alla confisca "allargata" ex art. 12 *sexies*, è vero che la relativa applicazione è condizionata all'accertamento pieno di un reato presupposto, ma una volta svelata nella sua (oramai innegabile) deriva punitiva, in qualche modo favorita proprio dal potersi fondare su risultanze processuali certe, rimangono i problemi legati al meccanismo presuntivo che caratterizza il giudizio sull'origine illecita dei beni. E anche se tale valutazione dovesse rispettare un accettabile equilibrio tra oneri dell'accusa e della difesa, è evidente che l'operatività della misura non potrebbe che essere subordinata al principio di irretroattività – soprattutto in considerazione delle analogie con la confisca oggetto della sentenza *Welch*<sup>708</sup> –, senza contare che si affaccerebbero criticità in termini di proporzione della punizione rispetto all'illecito commesso, se non altro, rispetto ai fenomeni non legati alla criminalità organizzata<sup>709</sup>.

#### **6.4. Il processo e l'esecuzione penale e le esigenze di un'irretroattività "relativa" estranea al principio di riconoscibilità delle conseguenze punitive al momento della commissione del fatto.**

In chiusura della presente trattazione, occorre considerare come prevenzione e punizione si atteggiino in determinati istituti rispetto ai quali è storicamente discussa l'estensione del profilo storico della legalità (in particolare, il corollario dell'irretroattività), ossia le misure cautelari –

---

<sup>707</sup> È chiaro che conseguenza di una qualificazione punitiva non può che essere il divieto di trasmissibilità della sanzione poiché solo un modello preventivo della confisca può ammetterne l'efficacia *in rem*, così come affermato dalla Corte europea rispetto ai reati fiscali (v. *supra*, Cap. II, § 2.1) e previsto nella legge n. 689/1981 a seguito della scelta di un modello parapenale della sanzione amministrativa (v. *supra*, § 4.4).

<sup>708</sup> La giurisprudenza di legittimità, invece, puntualmente ne dà un'applicazione retroattiva, se si considerano le sentenze, successive alla prima introduzione, Cass., 28 febbraio 1995, n. 775, in *Cass. Pen.*, 1997, 402, e Cass., 3 ottobre 1996, n. 36551, in *Cass. Pen.*, 1998, 482, che, riconducendo la disciplina a quella dell'art. 240 c.p., e quindi dell'art. 200 c.p., hanno dato applicazione retroattiva della misura. Critici, sul punto, A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 517 e ss., e, proprio rilevando le analogie tra l'ipotesi prevista nell'ordinamento inglese e quella di cui all'art. 12 *sexies*, G. GRASSO, *Profili problematici*, cit., 140 s.. Anche la più recente giurisprudenza, tuttavia, conferma l'applicazione retroattiva della misura; ad esempio, proprio in riferimento all'estensione ai delitti contro la Pubblica Amministrazione, cfr. l'ordinanza del Tribunale di Lanciano, 3 ottobre 2011, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2011.

<sup>709</sup> Sul punto, cfr. V. MANES, *L'incidenza delle «decisioni-quadro» sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, 1153 ss., il quale rileva i profili di tensione della confisca "allargata" con lo stesso criterio di ragionevolezza-proporzionalità suggerendone un'applicazione più restrittiva che, anche alla luce della normativa comunitaria, dovrebbe fondarsi su di una pertinenza cronologica tra attività criminosa e conseguimento dei beni confiscabili oltre che su di un convincimento pieno sulla derivazione illecita degli stessi. La stessa problematica, peraltro, è ben nota nell'ordinamento tedesco, dato che una delle critiche principali mosse alla nota sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 14 gennaio 2004 – con la quale l'*erweiterter Verfall* è stato riconosciuto conforme ai principi di colpevolezza, presunzione di innocenza e proporzionalità dell'ingerenza rispetto al diritto di proprietà, in virtù della natura preventiva dello strumento e della necessità di scongiurare il potere patrimoniale detenuto dal crimine organizzato – si fonda proprio sulla circostanza che l'ipotesi di confisca è in realtà richiamata da tutta una serie di reati non necessariamente collegati a fenomeni di criminalità organizzata; sul punto, cfr. le osservazioni ed i riferimenti in D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali*, cit., 499 s..

nell'ambito della più ampia riflessione circa i rapporti tra art. 25, 2° c., Cost. e legge processuale – e la materia dell'esecuzione penale.

Anzitutto, rispetto alle misure cautelari previste dal codice di rito, ed in particolare alla carcerazione preventiva, già Bricola sottolineava le “esigenze pressanti” di estensione piena del principio di irretroattività (ossia riferito al momento della commissione del fatto di reato) in relazione alla prassi applicativa volta a utilizzarla come “pena anticipata” ed al suo contenuto detentivo<sup>710</sup>. Per quanto sinora osservato, è soprattutto il primo argomento che viene ad assumere rilievo: a distanza di anni, infatti, risulta aver trovato ampia conferma l'uso sostanzialmente punitivo (accanto a quello strumentale volto ad ottenere una collaborazione processuale) della carcerazione preventiva – in particolare di quella applicata ai sensi dell'art. 274, 1° c., lettera c), c.p.p., già sospetta di illegittimità costituzionale nella sua astratta configurazione legislativa<sup>711</sup> –, fenomeno evidente nelle riforme legislative nelle quali lo strumento cautelare, attraverso la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere *ex art. 275, 3° comma, c.p.p.*, viene oramai adoperato in chiave general-preventiva (negativa e positiva) rispetto ai fenomeni criminali più temuti<sup>712</sup>.

Anche in questi casi, peraltro, la deriva punitiva non può che condurre ben oltre l'estensione del principio di irretroattività, sino alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di regimi cautelari disposti in assenza di un autentico giudizio di pericolosità<sup>713</sup>. In questo senso, non si può che salutare con favore l'intervento della Corte costituzionale che, in una serie ripetuta di censure relative alla recente tendenza legislativa, ha ribadito con decisione che «l'applicazione delle misure cautelari non può corrispondere – direttamente o indirettamente – a finalità proprie della sanzione

---

<sup>710</sup> Cfr. F. BRICOLA, *Il II e III comma*, cit., 292 ss.. In senso analogo, cfr. V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976, 205 ss..

<sup>711</sup> Ai fronte dei sospetti di illegittimità di tale presupposto cautelare – significativamente obliterato già da Beccaria ne *Dei delitti e delle pene* e aspramente criticato da G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, 380 – interveniva la Corte costituzionale che con le sentenze nn. 64/1970 e 1/1988 rigettava tuttavia le questioni sollevate. Sul punto, cfr. anche la critica di V. GREVI, voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, 333 s., dalla quale emerge, in effetti, non tanto un problema di sovrapposizione di funzioni special-preventive tra pena e custodia cautelare (almeno nei casi in cui gli elementi del giudizio di pericolosità siano diversi e ulteriori rispetto a quelli che fondano i gravi indizi di colpevolezza), che può essere risolta ancora una volta facendo riferimento ad un duplice significato della prevenzione speciale (v. *supra*, § 6.2), quanto appunto di proporzione dello strumento detentivo per perseguire tali finalità preventive.

<sup>712</sup> Torna a rivivere, in pratica, quell'obbligatorietà del mandato di cattura che era stata abrogata con la legge n. 330/1988, dapprima con la legge n. 152/1991, che ha modificato il 3° c. dell'art. 275 in modo da prevedere una presunzione assoluta di adeguatezza (salvo elementi specifici che denotino l'assenza di esigenze cautelari, vera *probatio diabolica* per la dottrina più critica) della custodia in carcere in caso di sussistenza di gravi indizi di colpevolezza per reati connessi al fenomeno mafioso (il cui catalogo è stato ridotto nel 1995 alle ipotesi più gravi), e di recente con il d.l. n. 11/2009, convertito con la legge n. 38/2009, in riferimento a determinati reati sessuali ed in materia di stupefacenti; il novero dei reati presupposto in grado di fondare tale presunzione è stato, infine, esteso in via “mediata” con la legge n. 94/2009 ad ipotesi criminose previste in materia di immigrazione.

<sup>713</sup> Ancora una volta, giova notare che un regime di applicazione obbligatoria appare contraddittorio con ogni funzione genuinamente preventiva, conclusione di cui si sono resi consapevoli il legislatore in materia di misure di sicurezza e la giurisprudenza relativa alla confisca per equivalente, ma che ancora talvolta viene tradita. Sul punto, cfr. anche le critiche di G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 7° ed., Giappichelli, Torino, 2008, 303.

penale»<sup>714</sup> e che «affinché la restrizione della libertà personale (ma si potrebbe estendere il ragionamento a ogni misura cautelare) nel corso del procedimento possa essere compatibile con la presunzione di non colpevolezza, è necessario che essa assuma connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, ancorché corrispondente sul piano afflittivo»<sup>715</sup>, concludendo per l'illegittimità costituzionale di una disciplina volta a caricare la custodia preventiva di quelle funzioni di «eliminazione o riduzione dell'allarme sociale» proprie della pena<sup>716</sup>.

Rispetto ad un utilizzo autenticamente preventivo della misura cautelare, invece, il divieto di retroattività sembra non poter trovare fondamento nelle medesime istanze dettate dal principio di colpevolezza quanto, piuttosto, dover essere valutato alla luce di un giudizio sui caratteri propri dell'istituto. In questo senso, si può leggere la recente sentenza con la quale le Sezioni Unite hanno ritenuto inapplicabili proprio le presunzioni (divenute relative, dopo l'intervento della Corte costituzionale) di adeguatezza della custodia cautelare qualora entrate in vigore successivamente al momento genetico della misura<sup>717</sup>. Infatti, in quanto parametrata ad un riferimento cronologico che non coincide con il *tempus commissi delicti*, la regola dell'irretroattività appare qui per lo più configurarsi come norma "secondaria" diretta al giudice – ed, invero, addirittura come principio di legislazione<sup>718</sup> – piuttosto che come norma "primaria" volta ad orientare le scelte dei consociati.

---

<sup>714</sup> Tale affermazione, peraltro, risale alla sentenza C. cost. n. 64/1970.

<sup>715</sup> Confermando l'idea che ciò che distingue la punizione dalla prevenzione non è il contenuto afflittivo, che anzi le accomuna, quanto l'essere "volutamente" tale, carattere rinvenibile solo nella prima.

<sup>716</sup> Cfr. le sentenze C. Cost. nn. 265/2010, 164/2011 e 231/2011, che hanno dichiarato incostituzionali i recenti interventi legislativi sull'art. 275, 3° c., c.p.p. per violazione degli artt. 3, 13, 1° c., e 27, 2° c., Cost., in quanto non improntati al criterio del "minor sacrificio necessario", al principio di proporzionalità della misura e, soprattutto, perché volti alla «eliminazione o riduzione dell'allarme sociale cagionato dal reato del quale l'imputato è accusato, o dal diffondersi di reati dello stesso tipo, o dalla situazione generale nel campo della criminalità più odiosa o più pericolosa» quando tale logica «non può essere peraltro annoverata tra le finalità della custodia preventiva e non può essere considerata una sua funzione». Si sottolinea, ancora, che «non è dubitabile, in effetti, che il legislatore possa e debba rendersi interprete dell'acuirsi del sentimento di riprovazione sociale verso determinate forme di criminalità, avvertite dalla generalità dei cittadini come particolarmente odiose e pericolose, quali indiscutibilmente sono quelle considerate. Ma a tale fine deve servirsi degli strumenti appropriati, costituiti dalla comminatoria di pene adeguate, da infliggere all'esito di processi rapidi a chi sia stato riconosciuto responsabile di quei reati; non già da una indebita anticipazione di queste prima di un giudizio di colpevolezza». La soluzione, tuttavia, non è quella di rimuovere la presunzione assoluta di adeguatezza della misura custodiale, quanto quella di renderla relativa, nonostante talune perplessità già segnalate sull'effettiva tenuta di un criterio relativo. Presunzione assoluta che, peraltro, rimane in materia di crimine organizzato, distando le medesime perplessità rilevate rispetto all'imposizione di misure preventive esclusivamente fondate sul sospetto di appartenenza all'associazione (v. *supra*, § 6.3)

<sup>717</sup> Così Cass., Sez. Un., 31 marzo 2011, n. 27919, che ribaltando l'orientamento espresso nella precedente Cass., Sez. Un., 27 marzo 1992, n. 8, Di Marco, pur non discutendo il principio del *tempus regit actum* da questa affermato (ancora considerato fondamento della materia processuale) e rigettando l'artificiosa tesi dell'implicita revoca con contestuale applicazione della nuova misura, hanno osservato come ogni aggravamento della misura cautelare rispetto alla valutazione fatta al momento della prima applicazione non possa che avvenire in virtù di una nuova valutazione delle esigenze ex art. 299, 4° c., c.p.p., ma in questa sede non potendo operare presunzioni sfavorevoli introdotte successivamente, ciò perché altrimenti verrebbe tradito proprio il principio del *tempus regit actum* nel momento in cui si applicherebbe una nuova disciplina ad una misura legata inscindibilmente al momento genetico.

<sup>718</sup> Le Sezioni Unite notano come tale soluzione debba indirizzare il giudice in assenza di una disciplina transitoria che preveda espressamente la retroattività. In realtà, tale modello, proprio perché dettato da una questione assiologica, che le Sezioni Unite preferiscono solo sfiorare (e, quindi, ben oltre l'argomento del *tempus regit actum* riferito al momento genetico richiamato nella parte centrale della motivazione), dovrebbe vincolare anche il legislatore e, pertanto, essere

Tale chiave di lettura, che non richiama necessariamente il valore che il principio di legalità assume nel settore punitivo, sembra effettivamente la più equilibrata e, pertanto, suscettibile di essere estesa all'intera materia processuale (nella quale effettivamente non si pone una vera questione di rapporto tra prevenzione e punizione); infatti, piuttosto che un autentico principio di riconoscibilità delle conseguenze penali al momento del fatto<sup>719</sup>, occorre in quest'ambito tutelare quell'affidamento nelle leggi processuali che è presupposto fondamentale per il concreto esercizio del diritto di difesa e dal quale deriva un divieto di retroattività "relativo" a diversi momenti processuali da individuare in relazione al singolo istituto considerato<sup>720</sup>. In questo senso, la sentenza *Scoppola* solleva più di una perplessità poiché, pur riconoscendo apprezzabilmente tali esigenze di tutela dell'affidamento dell'imputato nella legge processuale, pretende di veicolare non solo sul piano dell'art. 6 Cedu (correttamente ritenuto violato), bensì anche su quello dell'art. 7 Cedu e del diritto alla *lex intermedia* favorevole (v. *supra*, Cap. III, § 3.3) quando, invece, nella vicenda da cui traeva origine il ricorso si presentava essenzialmente un problema di irretroattività della modifica sfavorevole dell'art. 442 c.p.p. rispetto al momento della scelta del rito abbreviato<sup>721</sup>.

Venendo, infine, alla problema dell'efficacia della legge nel tempo nella materia dell'esecuzione penale, occorre tenere presente, in via preliminare, che questa si compone di istituti dalla natura piuttosto differenziata e che, pertanto, meritano autonoma considerazione, tenendo presente, altresì, che il fatto che gli istituti medesimi condividano l'incidenza sul *quomodo* e sul *quantum* della detenzione – ed in questo senso l'esecuzione rappresenta effettivamente la fase "dinamica" della

---

recepito dalla Corte costituzionale in caso di norme transitorie divergenti, superando in questo senso la sentenza C. cost. n. 15/1982, in cui si riconosceva la legittimità dell'effetto retroattivo del prolungamento dei termini massimi.

<sup>719</sup> Secondo la risalente tesi M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1987, 123 ss..

<sup>720</sup> Come affermano le stesse Sezioni Unite, la via più opportuna è quella di rifuggire dalla tentazione di tracciare una soluzione di carattere generale e di comprendere in relazione al singolo istituto le diverse implicazioni assiologiche, poiché «non esistono principi di diritto intertemporale che possano essere pedissequamente trasferiti nell'ordinamento processuale». Tale approccio, peraltro, è quello che caratterizzava già la tesi di M. CHIAVARIO, voce *Norma (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, 480 ss., che escludendo una riferibilità *tout court* dell'art. 25, 2° c., Cost. alla materia processuale osservava come tale conclusione «non dovrebbe frapporre ostacoli ad operazioni che, per quanto riguarda la suddetta categoria di norme, si limitassero a far salvo il nucleo centrale della garanzia in questione, come garanzia contro l'applicazione della norma processuale su cui l'imputato abbia potuto ragionevolmente fare affidamento», cosicché «il giudice dovrebbe poter individuare egli stesso, in relazione al concreto "conflitto di norme" che gli sta davanti, il momento processuale cui la garanzia stessa, opportunamente "concretizzata", gli impone di fare riferimento per stabilire la norma applicabile».

<sup>721</sup> Data la complessità della vicenda da cui traeva origine il ricorso, caratterizzata da una successione di tre leggi, la Corte si è trovata così a dover ricondurre all'art. 7 Cedu anche il principio della *lex mitior* (v. *supra*, Cap. III, § 2.3) e, anzi, proprio l'esigenza di affermarne la rilevanza convenzionale sembra aver fondato la scelta "imprudente" di discutere il ricorso sul terreno della legalità penale. Non che l'apertura a esigenze di irretroattività della legge processuale o il riconoscimento del rango sovralegislativo della *lex mitior* non siano apprezzabili, semplicemente la prima poteva essere veicolata esclusivamente sul piano dell'equità processuale ex art. 6 Cedu ed il secondo rinviato ad altra più "nitida" occasione.

pena<sup>722</sup> – comporta il rischio di incorrere in confusione tra varie discipline con conseguenti significative lesioni delle garanzie del condannato.

Ora, in via di principio, l'attuale regolazione dell'ordinamento penitenziario appare effettivamente caratterizzata da logiche di flessibilità del periodo di detenzione finalizzate al compimento di un percorso di risocializzazione del reo e, pertanto, genuinamente preventive (a prescindere dalla questione, che si pone a monte, del legittimo spazio che si ritenga opportuno accordare a tali logiche rispetto a quelle più strettamente punitive; v. anche *supra*, § 6.1). In questo settore, quindi, si possono ritenere legittime disposizioni meno tassative (per come volte a concedere un maggior potere discrezionale al giudice)<sup>723</sup> e non sottoposte al divieto di retroattività anche in caso di riforma peggiorativa<sup>724</sup>, tenendo pur sempre conto del fatto che una riforma peggiorativa incontrerebbe il limite della determinazione legale e giudiziale (al momento della cognizione) della pena, così non potendo, in alcun caso, pregiudicare il fondamento garantistico del principio *nulla poena sine lege*<sup>725</sup>. Una piena estensione dell'art. 25, 2° c., Cost. alla materia dell'esecuzione penale, in effetti, implicherebbe una tutela dell'affidamento dell'agente al momento della commissione del fatto nella disciplina penitenziaria vigente (eventualità che può anche concretamente verificarsi) quando, invece, solo il precetto e la sanzione ad esso collegata sembrano dover assolvere la fondamentale funzione di "motivazione attraverso norme" che chiama in causa la *Schuldidee* ed il canone di riconoscibilità (v. diffusamente *supra*, Cap. III, § 3.2).

Ciò premesso, il canone della ragionevolezza e le stesse logiche della risocializzazione sembrano imporre, anche in questo caso, una retroattività "relativa" – analogamente a quanto ritenuto in materia processuale ma per ragioni del tutto eterogenee – così da tutelare, in assenza di interessi contrapposti di rango sovraordinato, l'affidamento del reo nella fissità del quadro normativo penitenziario al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena nel quale si stringe il "patto" rieducativo con l'ordinamento<sup>726</sup>. È quanto mai significativo, peraltro, che proprio tale prospettiva

---

<sup>722</sup> In questi termini, cfr. F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, 265 ss., il quale già notava, tuttavia, l'improprietà di un'incondizionata estensione dell'art. 25, 2° c., Cost., proprio alla luce dell'art. 27, 3° c., Cost., che sottolineando la funzione rieducativa della pena ne postula «un adeguamento dell'esecuzione alla personalità del singolo» e la «necessaria trasformazione in un trattamento progressivo insuscettibile di puntuale determinazione legislativa».

<sup>723</sup> Cfr. F. BRICOLA, *Il II e III comma*, cit., 299, il quale osservava come tale *deficit* di certezza dovrebbe in ogni caso essere recuperato dall'affidabilità scientifica del giudizio di sorveglianza. Tale allentamento della determinatezza delle norme, peraltro, non dovrebbe lasciare spazio a soluzioni arbitrarie in quanto contrarie a quel significato della legalità valevole anche in materia preventiva (v. *supra*, Cap. III, § 3.3).

<sup>724</sup> In questo senso, cfr. A. PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 1067, secondo il quale l'intera disciplina sarebbe informata effettivamente dal principio del *tempus regit actum*.

<sup>725</sup> Lo stesso F. BRICOLA, *Il II e III comma*, cit., 300, ammette che gli aspetti tendenti alla risocializzazione sarebbero meno vincolati al quadro normativo di riferimento al momento della commissione del fatto proprio perché tendenzialmente favorevoli.

<sup>726</sup> In questo senso F. DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche "peggiorative" e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, 402 s., posizione condivisa da B. GUZZALOCA-M. PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, in F. Bricola-V. Zagrebelsky, diretto da, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Utet, Torino, 1995,

sia stata sostanzialmente recepita dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 306/1992 – pur ammettendo la legittimità dei limiti ai benefici carcerari di cui all’art. 4 *bis* ord. penit., anche a fronte di talune perplessità espresse sulla loro operatività a prescindere da un autentico giudizio individualizzato e solo sulla base del titolo di reato commesso<sup>727</sup> – ha dichiarato illegittima la disposizione che imponeva la revoca di quelli già concessi in virtù di un meccanismo presuntivo fondato sulla mancata collaborazione del detenuto, dovendo impedire proprio il canone di ragionevolezza e la stessa finalità rieducativa la vanificazione retroattiva di un giudizio prognostico favorevole<sup>728</sup>. E a fronte dell’“opera di sgretolamento dell’elemento collaborativo” (almeno rispetto alle valutazioni rieducative operate prima dell’entrata in vigore del d.l. 306/1992, convertito nella l. n. 356/1992) che la sentenza in parola aveva avviato<sup>729</sup>, non si possono che condividere le perplessità espresse da autorevole dottrina nei confronti dell’inversione di rotta che caratterizza la giurisprudenza costituzionale più recente<sup>730</sup>.

D’altra parte, si deve osservare che la Corte europea continua a disconoscere ogni irretroattività, ancorché relativa, delle norme sull’esecuzione penale. Si veda, in proposito, la già segnalata sentenza *Kakfaris*, nel quale la *Grande Chambre* ha rilevato una violazione dell’art. 7 Cedu esclusivamente in relazione alla confusione regnante nella disciplina dell’esecuzione penale cipriota – ritenuta inadatta a garantire quel divieto di arbitrarietà della legalità “preventiva” (profilo che sarebbe stato tuttavia più opportuno ricondurre ad un problema di regolarità della detenzione rilevante in base al parametro delle “*voies légales*” di cui all’art. 5 Cedu)<sup>731</sup> – ma non ha dichiarato illegittima la riforma sfavorevole della libertà condizionale vigente al momento della condanna del ricorrente, limitandosi ad osservare la riconoscibilità della pena legalmente stabilita e applicata

---

332, e S. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, cit., 107. In analogia direzione, peraltro, si orientavano già le osservazioni di F. BRICOLA, *L’intervento*, cit., 280.

<sup>727</sup> E, in proposito, non si può che notare, ancora una volta, come si manifesti una sorta di presunzione assoluta (solo in parte mitigata dalla disciplina legislativa) in quello che è stato indicato da M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., 38 ss., come un vero passaggio tra la logica dell’“autore pericoloso” a quella dell’autore di “reato pericoloso”, nel quale sono oramai recisi i legami con il modello prognostico biopsichico di cui all’art. 203 c.p.

<sup>728</sup> Nei termini della Corte «l’aspettativa del condannato a veder riconosciuto l’esito positivo del percorso di risocializzazione già compiuto si è trasformata nel diritto ad espiare la pena con modalità idonee a favorire il completamento di tale processo».

<sup>729</sup> Cfr. le successive sentenze C. cost. nn. 306/1993, 357/1994, 68/1995, 504/1995, 445/1997, 137/1999, volte a dichiarare illegittime le restrizioni retroattive inserite nell’art. 4 *bis* ord. penit..

<sup>730</sup> Cfr. le osservazioni critiche di G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in G. Vassalli, a cura di, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, 80 ss., rispetto alle sentenze C. cost. nn. 273/2001, 280/2001, 308/2001.

<sup>731</sup> Come osservato precedentemente (v. *supra*, Cap. III, § 3.3), è questo il significato che deve essere attribuito al concetto di legalità cui rinvia l’art. 5 Cedu e che, pertanto, meglio si sarebbe adattato alla censura di una legislazione confusa e inidonea a rendere il condannato consapevole delle condizioni di esecuzione della pena alla quale era stato condannato, in quanto tale non lesiva dell’art. 7 Cedu, dichiarato ambiguamente (come rilevano nella loro opinione divergente i giudici Loucaides e Jočienė) applicabile, a fronte della conferma dell’esclusione della materia dell’esecuzione del concetto di *matière pénale*, e contestualmente violato e non violato.

all'esito del giudizio di cognizione (nel caso concreto, l'ergastolo)<sup>732</sup>. Pertanto, se si condivide la non pertinenza del principio di irretroattività penale – che, tuttavia, avrebbe dovuto condurre ad una decisione di non applicabilità piuttosto che ad una sentenza di non violazione dell'art. 7 Cedu –, l'approccio della Corte appare sacrificare eccessivamente quell'affidamento del condannato nella disciplina dei benefici e delle misure alternative che è funzionale proprio ad esigenze di risocializzazione e che sarebbe stato possibile ricondurre al canone di proporzione di cui all'art. 5 Cedu.

Una considerazione differenziata, al contrario, meritano le misure disciplinari penitenziarie che, come affermato nella giurisprudenza della Corte europea dopo alcune indecisioni iniziali<sup>733</sup>, fanno parte di un micro-sistema punitivo che, pertanto, deve essere governato dalle medesime garanzie che si vogliono per le disposizioni penali<sup>734</sup>. D'altra parte, sul piano dell'efficacia del tempo, il momento di riferimento dovrebbe essere più coerentemente individuato nella realizzazione dell'infrazione disciplinare piuttosto che nel *tempus* della commissione del reato che ha originato la pena detentiva. Tale ricostruzione, nella sua linearità, si deve però confrontare con una prassi applicativa nella quale lo stesso illecito disciplinare può essere assunto come indice di carenza di risocializzazione tale da giustificare un irrigidimento della detenzione in base a logiche di prevenzione con il rischio, tuttavia, che autentiche reazioni punitive vengano applicate all'infuori da un quadro normativo chiaro e prevedibile.

Discorso peculiare, infine, deve essere fatto con riguardo al regime carcerario differenziato di cui all'art. 41 *bis* ord. penit., applicato retroattivamente sin dalla sua prima introduzione. Evidentemente, tale soluzione potrebbe ritenersi coerente con l'esigenza di paralizzare (in chiave neutralizzante) una certa pericolosità che i vertici delle associazioni mafiose mantengono anche nel periodo intramurario, con particolare riferimento all'accertata capacità degli stessi di comunicare tra loro e con l'esterno<sup>735</sup>. Per altro verso, nel momento in cui tale strumento viene a colorarsi di

---

<sup>732</sup> Cfr. *Kafkaris c. Cipro*, 12 febbraio 2008, § 151, in cui la Corte afferma che «anche se la riforma alla legislazione penitenziaria e alle condizioni di liberazione anticipata hanno potuto rendere la pena detentiva del ricorrente effettivamente più rigorosa, non si può ravvisarsi una misura volta ad imporre una pena più severa di quella inflitta all'esito del giudizio di cognizione».

<sup>733</sup> Cfr. tra tutte, le affermazioni della sentenza della Grande Camera *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, cit., §§ 104 ss. (v. *supra*, Cap. II, § 2.1).

<sup>734</sup> Anche sul punto, già si potevano apprezzare le considerazioni di F. BRICOLA, *Il II e III comma*, cit., 299, pur ritenendo che anche in questa sede dovrebbe essere ridimensionato l'*argumentum libertatis* richiamato dall'Autore (cui si deve, in ogni caso, la promozione di tali istanze garantistiche anche nella giurisprudenza di Strasburgo), posto che le medesime esigenze di riconoscibilità dovrebbero essere garantite anche rispetto ad illeciti disciplinari penitenziari la cui sanzione non si risolve in un allontanamento dell'orizzonte della liberazione.

<sup>735</sup> In questo senso, in difesa della qualificazione preventiva dell'istituto e del regime permanente introdotto dalla legge n. 279/2002, cfr. P. GRASSO-M. PRESTIPINO, *Il regime differenziato dell'art. 41 "bis" ord. penit. Ha ancora un futuro quale strumento di contrasto alla criminalità organizzata?*, in *Foro it.*, 2007, II, 251 ss., e S. ARDITA, *La riforma dell'art. 41-bis ord. pen. alla prova dei fatti*, in *Cass. pen.*, 2004, 737 ss..

finalità general-preventive rispetto al fenomeno mafioso<sup>736</sup> – che già affiorano proprio nelle vicende che ne hanno segnato l'introduzione, come reazione al periodo stragista – così da rendere il c.d. “carcere duro” pena qualificata con fini deterrenti rispetto agli associati ancora in libertà, dovrebbe riemergere la funzione garantistica del principio di irretroattività delle conseguenze penali rispetto al momento della commissione del fatto. La questione, in effetti, rinvia ad una puntuale valutazione dei singoli aspetti che, tra realtà normativa e prassi applicativa, caratterizzano il regime *ex art. 41 bis* e che la Corte europea, al momento, non pare aver voluto ancora compiere<sup>737</sup>.

---

<sup>736</sup> Tale finalità si manifesta, in particolare, nel comma 2° dell'art. 41 *bis*, che ammette la sospensione delle regole trattamentali per ragioni di ordine pubblico. Come osserva criticamente L. CESARIS, *Commento all'art. 41 bis*, in V. Grevi-G. Giostra-F. Della Casa, a cura di, *Ordinamento penitenziario - Commento articolo per articolo*, 3° ed., Cedam, Padova, 2006, 417, in questi casi il provvedimento viene applicato in relazione a presupposti che niente hanno a che vedere con il comportamento intramurario del preposto, di fatto palesandosi una fondamentale funzione deterrente rispetto agli associati ancora in libertà. Nello stesso senso, cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, 2° ed., Esi, Napoli, 1997, 227 s., che osserva come unica ragione in grado di spiegare misure volutamente e “gratuitamente” afflittive sia quella di una “sbrigativa prospettiva della deterrenza”.

<sup>737</sup> Da un lato, il regime di “carcere duro”, come ricorda E. NICOSIA, *Il c.d. 41 bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1263 ss. (che pur osserva come nell'evoluzione giurisprudenziale tale conclusione potrebbe essere rivista), è stata ritenuto compatibile con il divieto di trattamenti inumani e degradanti; dall'altro, anche ammessa la non contrarietà all'art. 3 Cedu, non si rinviene una pronuncia in cui la Corte si sia posta il problema della natura del regime *ex art. 41 bis* ord. penit. e della sua efficacia retroattiva. La Corte costituzionale, al contrario, proprio sulla base della premessa argomentativa della funzione preventiva dell'istituto, con la sentenza n. 376/1997 ha “ratificato” l'efficacia retroattiva del regime di carcere duro.

## Bibliografia

- AA.VV., *La «matière pénale» au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, in *Rev. sci. crim. et droit pén. comp.*, 1987;
- AA. VV., *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *www.zis-online.com*, 2009;
- ABBADESSA G., *Il Bundesverfassungsgericht sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con la Costituzione tedesca*, in *Ius17@unibo.it*, 2009;
  - *Una nuova violazione dell'art. 7 Cedu: la sentenza Liivik contro Estonia e i significati della legalità penale convenzionale*, in *Ius17@unibo.it*, 2009;
  - *Il principio di presunzione di innocenza nella Cedu: profili sostanziali*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffré, Milano, 2011;
- ACHENBACH H., *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1974, 2 ss.;
- ACQUAROLI R., *L'estensione dell'art. 12 sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la Pubblica Amministrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008;
- ALBANO A., *Nuovo codice della strada, depenalizzazione e diritto transitorio*, in *Cass. pen.*, 1995;
- ALESSANDRI A., voce *Confisca*, in *Dig. disc. pen.*, 4 ed., III, Utet, Torino, 1989;
  - *Criminalità economica e confisca del profitto*, in C.E. Paliero-E. Dolcini, a cura di, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffré, Milano, 2006;
- ALLARD J.-GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation - La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Paris, 2005;
- AMARELLI G., *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006;
- AMATI E.-COSTI M.-FRONZA E., *Introduzione*, in Aa. Vv., *Introduzione al diritto penale internazionale*, 2° ed., Giuffré, Milano, 2010;
- AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffré, Milano, 1967;
- AMBOS K., *Nulla poena sine lege in international criminal law*, in R. Haveman-O. Olusanya, a cura di, *Sentencing and sanctioning in supranational criminal law*, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2006;
- ANDENAES J., *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in M. Romano-F. Stella, a cura di, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980;
- ANGELILLIS C., *Lottizzazione abusiva: la confisca nei confronti del terzo alla resa dei conti*, in *Cass. pen.*, 2009;
- ANGELINI F., *L'incidenza della Cedu nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. Unione europea*, 2008;
- ANGELINI M., *Il reato di riciclaggio*, Giappichelli, Torino, 2008, 5 ss.;

- APRILE E., *I meccanismi di adeguamento del sistema penale nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011;
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, 76 ss.;
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale - Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1947, 353 ss.;
- ARDITA S., *La riforma dell'art. 41-bis ord. pen. alla prova dei fatti*, in *Cass. pen.*, 2004;
- ARDIZZONE S., *Limiti all'applicabilità dei nuovi termini di prescrizione ed illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007;
- BACHELET O., *Les revirements de jurisprudence, problèmes d'application dans le temps*, in P. Tavernier, a cura di, *La France et la Cour européenne des droits de l'homme - La jurisprudence en 2006*, Bruylant, Bruxelles, 2007;
- BADAR M.E., *Just Convict Everyone! Joint Perpetration from Tadic to Stakic and Back Again*, in *International Criminal Law Review*, 2006;
- BALDUZZI R.-SORRENTINO F., voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989;
- BALSAMO A., *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una "nuova frontiera" del processo di "europeizzazione" del diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2007;
  - *Il rapporto tra forme moderne di confisca e presunzione di innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2007;
- BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, 228 s.;
  - *Art. 2*, in G. Branca, a cura di, *Commentario alla Costituzione*, I, Zanichelli, Bologna, 1975;
- BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Giappichelli, Torino, 2005, 159 s.;
- BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Giuffrè, Milano, 2010, 391 ss.;
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, riedizione a cura di G.D. Pisapia, Giuffrè, Milano, 1973, 83 ss.;
- BEDUSCHI L., *Rassegna ragionata delle pronunce del triennio 2008-2010 in tema di art. 5 § 1 Cedu e art. 2 Prot. n. 4 Cedu*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011;
- BELFIORE E.R., *Brevi note sul problema della scusabilità dell'"ignorantia legis"*, in *Foro it.*, 1995, II;
- BERLIN I., *Two concepts of liberty*, in *Four essays on liberty*, Oxford University Press, Oxford, 1982, trad. *Quattro saggi sulla libertà*, Feltrinelli, Milano, 1989;
- BERNARDI A., *Art. 7 – Nessuna pena senza legge*, in S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, a cura di, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001;
  - *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004;
  - *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Torino, 2006, 112 ss.;
  - *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee direttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008;

- BETTIOL G., *In tema di unificazione di pena e misura di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942-1943;
- BETTIOL G.-PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale - Parte generale*, 12° ed., Cedam, Padova, 1986, 789 ss.;
- BIGIAMI W., *Appunti sul diritto giudiziario*, 1933;
- BIONDI F., *La decisione delle sezioni unite della Cassazione ha lo stesso "valore" della fonte del diritto scritto? Quando l'interpretazione conforme alla CEDU pone dei dubbi di costituzionalità*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2010;
- BOBBIO N., voce *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, 3 ed., I-1, Utet, Torino, 1968;
  - *L'età dei diritti*, in Id., *L'età dei diritti*, 3° ed., Einaudi, Torino, 1997;
  - *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*, in Id., *L'età dei diritti*, 3° ed., Einaudi, Torino, 1997;
  - *La Rivoluzione francese e i diritti dell'uomo*, in Id., *L'età dei diritti*, 3° ed., Einaudi, Torino, 1997;
  - *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in Id., *L'età dei diritti*, 3° ed., Einaudi, Torino, 1997;
  - *Diritti dell'uomo e società*, in Id., *L'età dei diritti*, 3° ed., Einaudi, Torino, 1997;
- BONAFEDE M., *Delitti e contravvenzioni; elemento soggettivo nelle contravvenzioni, buona fede ed errore in tema di reati contravvenzionali*, in F. Bricola-V. Zagrebelsky, diretto da, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, I, Utet, Torino, 1984;
- BORSARI R., *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Cedam, Padova, 2007;
- BOTTALICO F., *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009;
- BRICOLA F., *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Giuffré, Milano, 1961, 130 ss.;
  - *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffré, Milano, 1965, 356 ss.;
  - *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969;
  - voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, 3 ed., XIX, Utet, Torino, 1973;
  - *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Pol. dir.*, 1974;
  - *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in Aa. Vv., a cura di, *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Editori riuniti, Roma, 1974;
  - *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La questione criminale*, 1980;
  - *Il II e il III comma dell'art. 25*, in G. Branca, diretto da, *Commentario alla Costituzione, Art. 24-26 - Rapporti civili*, Zanichelli, Bologna, 1981;
  - *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta "reale" nella politica criminale?*, in *Pol. dir.*, 1982;
  - *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. De Acutis-G. Palombarini, a cura di, *Funzioni e limiti del diritto penale*, Cedam, Padova, 1984;

- *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in F.D. Busnelli-G. Scalfi, a cura di, *Le pene private*, Giuffr , Milano, 1985;
- BUSNELLI F.D.-SCALFI G., a cura di, *Le pene private*, Giuffr , Milano, 1985;
- CABRAL BARRETO I., *La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme sur l'article 7 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, in A. Donatsch-M. Forster-C. Schwarzenegger, a cura di, *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*, Schulthess, Zürich, 2002;
- CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, Cedam, Padova, 1988;
  - *Il principio di irretroattivit *, in Aa. Vv., a cura di, *Introduzione al sistema penale*, 3° ed., Giappichelli, Torino, 2006;
  - *Il valore del precedente nel diritto penale*, 2° ed., Giappichelli, Torino, 2007;
- CADOPPI A.-VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale - Parte generale*, 3° ed., Cedam, Padova, 2007, 3 ss.;
- CAIANIELLO M., *Profili critici e ipotesi di sviluppo nell'adeguamento del sistema interno alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffr , Milano, 2011;
- CALDERONE C.R., *Lotta alla corruzione in campo comunitario ed internazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001;
- CALLEWAERT J., *Quel avenir pour la marge d'appréciation?*, in Aa. Vv., a cura di, *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne - Mélanges   la mémoire de R. Ryssdal*, Carl Heynemans Verlag KG, Köln-Berlin-München, 2000;
- CALVI A.A., *Introduzione*, in F. Von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffr , Milano, 1962;
- CANESTRARI S.-CORNACCHIA L.-DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale - Parte generale*, Il Mulino, Bologna, 2007, 39;
- CANIVET G., *Les influences crois es entre juridictions nationales et internationales:  loge de la "b n volence" des juges*, in *Rev. sci. crim. et droit p n. comp.*, 2005;
- CANNADA-BARTOLI E., voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XX, Giuffr , Milano, 1970;
- CAPPELLO A., *Retour sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux sanctions administratives*, in *Rev. sci. crim. et droit p n. comp.*, 2010;
- CARACCIOLI I., *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Giuffr , Milano, 1970, 89 ss.;
- CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, III, Fratelli Nistri, Pisa, 1832, 285 ss.;
- CARNELUTTI F., *L'equit  nel diritto penale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935;
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale – Parte generale*, I, 11° ed., Casa editrice libraria "fratelli Cammelli", Firenze, 1924, 32 ss.;
- CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. Cartabia, a cura di, *I diritti in azione - Universalit  e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007;
  - *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007;
  - *L'universalit  dei diritti umani nell'et  dei "nuovi diritti"*, in *Quad. cost.*, 2009;

- CASAROLI G., *Le misure di prevenzione patrimoniali tra accertamento del fatto e valutazione degli indizi*, in C.E. Paliero-E. Dolcini, a cura di, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006;
- CASSESE A., *Balancing the prosecution of crimes against humanity and non-retroactivity of criminal law*, in *Journal of international criminal justice*, 2006;
  - *L'apertura degli ordinamenti statali all'ordinamento della comunità internazionale*, Esi, Napoli, 2009;
- CATENACCI M., *"Legalità" e "tipicità del reato" nello statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2003, 86 ss.;
- CATTANEO M.A., *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Edizioni di comunità, Milano, 1970, 446 ss.;
- CESARIS L., *Commento all'art. 41 bis*, in V. Grevi-G. Giostra-F. Della Casa, a cura di, *Ordinamento penitenziario - Commento articolo per articolo*, 3° ed., Cedam, Padova, 2006;
- CHIARAVIGLIO P., *La responsabilità dell'ente per corruzione internazionale e l'applicabilità (anche in sede cautelare) delle sanzioni interdittive*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2011;
- CHIARLONI S., *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in G. Visintini, a cura di, *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Cedam, Padova, 1988;
  - *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002;
- CHIAVARIO M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1969;
  - voce *Norma (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978;
- CLAES E., *La légalité criminelle au regard des droits de l'homme et du respect de la dignité humaine*, in Aa. Vv., a cura di, *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2007;
- COLELLA A., *C'è un giudice a Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009;
- CONSO G., *Istituzioni di diritto processuale penale*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 1967, 5 ss.;
- CONSULICH F., *"Materia penale" e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006;
- CONTI R., *La scala reale della Corte costituzionale sul ruolo della Cedu nell'ordinamento interno*, in *Corr. giuridico*, 2011;
- COSTI M.-FRONZA E., *Le fonti*, in Aa.Vv., *Introduzione al diritto penale internazionale*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2010;
- CREMONA J.J., *The interpretation of the word "law" in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in J.J. Cremona, *Selected papers 1946-1989*, Publishers Enterprises Group, San Gwann, 1990;
- DANNER A.M.-MARTINEZ J.S., *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, in *California Law Review*, 2005;
- DE MARSICO A., *Premesse certe alla dogmatica delle misure penali*, in *Riv. dir. penit.*, 1935;

- DE SALVIA M., *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo tra continuità e riforma*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1999;
- DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001;
  - *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in G. De Vero-G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Giappichelli, Torino, 2007;
  - *La responsabilità delle persone giuridiche: parte generale*, in C.F. Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro, diretto da, *Trattato di diritto penale*, IV, Giuffrè, Milano, 2008, 38 ss.;
- DEL CORSO S., voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, 4 ed., XIV, Utet, Torino, 1999;
- DELITALA G., voce *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964;
- DELLA CASA F., *Successione di leggi penitenziarie: modifiche "peggiorative" e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992;
- DELLI PRISCOLI L.-FIORENTIN F., *La Corte costituzionale e il principio di retroattività della legge più favorevole al reo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009;
- DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit - Du code pénal aux droits de l'homme*, Presses universitaires de France, Paris, 1986, edito in Italia a cura di F.C. Palazzo e tradotto da A. Bernardi, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1992;
  - *I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto amministrativo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987;
  - *Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Droit pénal contemporain - Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, Paris, 1989;
  - *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la "logique du flou"*, in *R. droit pén. crim.*, 1992;
  - *Introduzione*, in Id., a cura di, *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 1994;
  - *Fecondità delle logiche giuridiche sottese ai metodi interpretativi della Corte europea*, in Id., a cura di, *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 1994, 336 ss.;
  - *Mondializzazione e ascesa al potere dei giudici*, in M. Vogliotti, a cura di, *Il tramonto della modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2009;
- DELMAS-MARTY M.-COSTE J.F., *Les droits de l'homme: logiques non standard*, in *Le genre humain*, 1998;
- DERSHOWITZ A.M., *Rights from wrongs*, Basic Book, New York, 2004, trad., *Rights from wrongs - Una teoria laica delle origini dei diritti*, Codice, Torino, 2004;
- DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2006, 274 ss.;
  - *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011;
- DIEZ PICAZO L.M., *Le relazioni tra U.E. e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in S.P. Panunzio, a cura di, *I Diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005;

- VAN DIJK P.-VAN HOOF F.-VAN RIJN A.-ZWAAK L., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4° ed., Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2006;
- DODARO G., *Disciplina della prescrizione e retroattività della norma penale più favorevole*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006;
- DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Cedam, Padova, 1979, 34 ss.;
  - *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979;
  - *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984;
  - *Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987;
- DOLCINI E.-PALIERO C.E., *I "principi generali" dell'illecito amministrativo nel disegno di legge "modifiche al sistema penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980;
  - *L'illecito amministrativo (Ordnungswidrigkeit) nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980;
- DONATSCH A.-FORSTER M.-SCHWARZENEGGER C., a cura di, *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*, Schulthess, Zürich, 2002;
- DONINI M., *Errore sul fatto ed errore sul divieto nello specchio del diritto penale tributario*, in *Ind. pen.*, 1989;
  - *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffré, Milano, 1991;
  - *Il delitto contravvenzionale*, Giuffré, Milano, 1993;
  - *Teoria del reato*, Cedam, Padova, 1996;
  - *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un "nuovo" ruolo della Corte di cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. pen.*, 2002;
  - *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffré, Milano, 2004;
- DURKHEIM É., *De la division du travail social*, F. Alcan, Paris, 1893, trad., *La divisione del lavoro sociale*, Edizioni di comunità, Milano, 1999, 89 ss.;
- ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffré, Milano, 1962;
- EMMERSON B.-ASHWORTH A.-MACDONALD A., *Human rights and criminal justice*, Sweet and Maxwell, London, 2007;
- ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile"*, Giappichelli, Torino, 2008;
- ESPOSITO A.-ROMEO G., *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione*, Cedam, Padova, 1995;
- EUSEBI L., *La "nuova" retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983;
  - *La pena "in crisi"*, Morcelliana, Brescia, 1989;
  - *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in M. Pavarini, a cura di, *Silète poenologi in munere alieno!*, Monduzzi, Bologna, 2006;
- EVANGELISTA S.-CANZIO G., *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V;
- EXNER F., *Die Theorie der Sicherungsmittel*, J. Guttentag, Berlin, 1914;

- FALCINELLI D., *Il giudice, l'antifrasi e una "Fata morgana": se il tipo del pericolo concreto esprime un'offesa di danno (di un bene astratto)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011;
- FEINBERG J., *The expressive function of punishment*, in J. Feinberg, *Doing and deserving*, Princeton university press, Princeton, 1970, 96 ss.;
- FERRAJOLI L., *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985;
  - *Diritto e ragione*, 3° ed., Laterza, Bari, 1996, 256 ss.;
  - *Quattro proposte di riforma delle pene*, in G. Borrè-G. Palombarini, a cura di, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, FrancoAngeli, Milano, 1998;
- FERRIE., *Sociologia criminale*, 3° ed., Fratelli Bocca, Torino, 1892, 365 ss.;
  - *Principi di diritto criminale*, Utet, Torino, 1928, 145 ss.;
- VON FEUERBACH A.R., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 12° ed. a cura di C.J.A. Mittermaier, Georg Friedrich Heyer, Gießen, 1836, 31 ss.;
- FIANDACA G., *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione* (a cura di G. Marinucci-E. Dolcini), Giuffré, Milano, 1985;
  - *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987;
  - *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/1988*, in *Foro it.*, 1988, I;
  - *Nota introduttiva*, in *Foro it.*, 1988, V;
  - voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994;
  - *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro. It.*, 2000, V;
  - *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001;
  - *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005;
  - *Spunti di riflessione su diritti umani e diritto penale nell'orizzonte sovranazionale*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2007;
- FIORE C.-FIORE S., *Diritto Penale - Parte generale*, 3° ed., Utet, Torino, 2008, 1 e 85;
- FIORELLA A., voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Giuffré, Milano, 1987;
- FLOR R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet*, Cedam, Padova, 2010, 45 ss.;
- FLORA G., *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003;
- FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffré, Milano, 1999, 279 ss.;
  - *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale italiano*, Bup, Bologna, 2007;
  - *Misure di prevenzione e presunta pericolosità dei beni*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011;
- FORNARI L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Cedam, Padova, 1997, 94 e ss.;

- FORNASARI G., *Buona fede e delitti: limiti normativi dell'articolo 5 c.p. e criteri di concretizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987;
- FORNASARI G.-MENGHINI A., *Percorsi europei di diritto penale*, 2° ed., Cedam, Padova, 2008, 118 ss.;
- FORTI G., *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008;
- FRÍGOLS I BRINES E., *Fundamentos de la sucesión de leyes en el derecho penal español*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2004, 322;
- FURFARO S., voce *Confisca*, in *Dig. disc. pen.*, 4 ed., Agg. III, Utet, Torino, 2005;
- GALGANO F., *La tutela civilistica*, in G. Borrè-G. Palombarini, a cura di, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, FrancoAngeli, Milano, 1998;
- *La persona umana nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956;
  - voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Giuffré, Milano, 1961;
  - voce *Capacità penale*, in *Noviss. dig. it.*, 3 ed., II, Utet, Torino, 1968;
  - *La legge penale*, Giappichelli, Torino, 1972, 40;
  - *Appunti di diritto penale*, I, Giappichelli, Torino, 1999, 5 s.;
- GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffré, Milano, 2002, 113 ss.;
  - *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Jovene, Napoli, 2008, 148 ss.;
- GIUNTA F., *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, in G. Fornasari-M. Marinelli, a cura di, *La competenza civile e penale del giudice di pace*, Cedam, Padova, 2007;
- GOISIS L., *La pena pecuniaria - Un'indagine storica e comparata*, Giuffré, Milano, 2008;
- GOLDSCHMIDT J., *Das Verwaltungsstrafrecht*, Carl Heynemans Verlag KG, Köln-Berlin-München, 1902;
  - *La contravvenzioni e la teoria del diritto penale amministrativo*, in *Per il cinquantenario della "rivista penale" fondata e diretta da Luigi Lucchini*, Tipografia dell'unione arti grafiche, Città di castello, 1925;
- GORLA G., voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, XXIII, Treccani, Roma, 1990;
- GRANDE E., *La sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale e l'esperienza di "common law": alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*, in *Foro it.*, 1990, I;
- GRANDE E., *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in *Pol. dir.*, 1996;
- GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffré, Milano, 2010;
- GRASSO G., *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993;
  - *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995;

- *Profili problematici delle nuove forme di confisca*, in A.M. Maugeri, a cura di, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milano, 2008;
- *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011;
- *Pre-art. 199*, in M. Romano-G. Grasso-T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale - III - Art. 150-240*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2011;
- *Art. 200 c.p.*, in M. Romano-G. Grasso-T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale - III - Art. 150-240*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2011;
- *Art. 240*, in M. Romano-G. Grasso-T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2011;
- GRASSO P.-PRESTIPINO M., *Il regime differenziato dell'art. 41 "bis" ord. penit. Ha ancora un futuro quale strumento di contrasto alla criminalità organizzata?*, in *Foro it.*, 2007, II;
- GREVI V., voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974;
  - *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976, 205 ss.;
- GROSSO C.F., *Forde fiscale e riciclaggio: nodi centrali di politica criminale nella prospettiva comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992;
- GUAZZALOCA B.-PAVARINI M., *L'esecuzione penitenziaria*, in F. Bricola-V. Zagrebelsky, diretto da, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Utet, Torino, 1995;
- GUAZZAROTTI A., *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, in *Giur. cost.*, 2007;
- GUERRINI R., *La responsabilità degli enti. Sanzioni e loro natura*, Giuffrè, Milano, 2006;
- GUSTAFSON K., *ECCC tackles JCE*, in *Journal of international criminal justice*, 2010;
- HABERMAS J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt A.M., 1992, trad., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e associati, Milano, 1996, 103 ss.;
- HALL K.A., *Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe*, in *ZStW*, 1958;
- HARRIS D.-O'BOYLE M.-WARBRICK C., a cura di, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2° ed., Oxford University Press, Oxford, 2009;
- HART H.L.A., *Legal responsibility and excuses*, in Id., *Punishment and responsibility* (riedizione a cura di J. Gardner), Oxford University Press, Oxford, 2008;
- HASSEMER W., *Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht*, in W. Hassemer-K. Lüderssen-W. Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, C.F. Müller, Heidelberg, 1983,
  - *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in L. Philipps-H. Scholler, a cura di, *Jenseits des Funktionalismus*, Decker & Müller, Heidelberg, 1989;
- HIRSCH H.J., *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, in M. Pisani, a cura di, *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Giuffrè, Milano, 1991;
- VON HIRSCH A., *Censure and sanctions*, Clarendon Press, Oxford, 1993;
- HÖRNLE T., *Der Streit um die Sicherungsverwahrung*, in *NStZ*, 2011;

- HUBER B., *La lotta alla corruzione in prospettiva sovranazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001;
- IGNATIEFF M., *Human rights as politics and idolatry*, Princeton university press, Princeton, 2001, trad., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2003;
- INSOLERA G., *L'associazione per delinquere*, Cedam, Padova, 1983, 185 ss e 276 ss.;
  - *Luci e ombre del diritto penale vivente. Tra legge e diritto delle Corti*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011;
- G. INSOLERA-MANES V., *La sentenza della Corte di giustizia sul “falso in bilancio”: un epilogo deludente?*, in *Cass. Pen.*, 2005;
- JÄGER H., *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, Ferdinandand Enke, Stuttgart, 1957;
- JAKOBS G., *Schuld und Prävention*, Mohr, Tübingen, 1976;
- JESCHECK H., *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano*, in *Ind. pen.*, 1988;
- JESCHECK H.-WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*, 5° ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, 58 s.;
- KAUFMANN ARN., *Introduction to the theory of fuzzy subsets*, I, Academic Press, New York-San Francisco-London, 1975;
- KAUFMANN ART., *Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962*, in *ZStW*, 1964;
  - *Analogie und "Natur der Sache"*, Verlag C.F. Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1965, trad., *Analogia e “natura della cosa”*, Vivarium, Napoli, 2003;
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966;
  - *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (la giustizia costituzionale)*, in Kelsen, *La giustizia costituzionale* (a cura di C. Geraci), Giuffrè, Milano, 1981;
- KINZIG J., *An den Grenzen des Strafrechts - Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG*, in *NJW*, 2004;
- KOERING-JOULIN R., *Pour un retour à une interprétation stricte... du principe de la légalité criminelle*, in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, 1995;
- KOHLRAUSCH E., *Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand*, in *ZStW*, 1924;
- LAMBERT P., *Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité*, in F. Sudre, a cura di, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998;
  - *Les droits relatifs à l'administration de la justice disciplinaire dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1998;
- LANGE R., *Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre. Zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff bei den Zuwiderhandlungen*, in *JZ*, 1956;
- DE S.-O.-L'E. LASSER M., *Judicial deliberations - A comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*, Oxford University Press, Oxford, 2004;
- LAUBENTHAL K., *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, in *ZStW*, 2004;
- LICCI G., *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982;

- VON LISZT F., *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, J. Guttentag, Berlin, 1905, trad., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffr , Milano, 1962;
- LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, 7° ed., Giappichelli, Torino, 2008, 303;
- L UDERSSEN K., *Abschaffen des Strafens?*, Günther, Frankfurt A.M., 1995, trad., *Il declino del diritto penale*, Giuffr , Milano, 2005;
  - *La prospettiva della riparazione del danno*, in G. Borr -G. Palombarini, a cura di, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, FrancoAngeli, Milano, 1998;
- MAIELLO V., *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilit  degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una "truffa delle etichette" davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002;
  - *Il rango della reottrattivit  della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008;
- MANACORDA S., *La corruzione internazionale del pubblico agente*, Jovene, Napoli, 1999;
  - *Oltre il falso in bilancio: i controversi effetti in malam partem del diritto comunitario sul diritto penale interno*, ne *Il diritto dell'Unione europea*, 2006;
  - *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Cedu: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffr , Milano, 2011;
- MANES V., *Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004;
  - *Il principio di offensivit  nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005;
  - *L'incidenza delle «decisioni-quadro» sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006;
  - *Attualit  e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007;
  - *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti*, in F. Sgubbi-V. Manes, a cura di, *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bup, Bologna, 2007;
  - *L'applicazione retroattiva della pena pi  mite: prove di dialogo «multilevel»*, in *Quaderni Costituzionali*, 2007;
  - *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010;
  - *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010;
  - *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e Cedu: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011;
  - *Commento all'art. 7*, in S. Bartole-P. de Sena-V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, in corso di pubblicazione;
  - *La protezione internazionale del diritto alla vita: attivare il sistema penale?*, in corso di pubblicazione;

- MANES V.-ZAGREBELSKY V., a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffré, Milano, 2011;
- MANGIONE A., *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Cedam, Padova, 2001;
- MANNOZZI G., *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffré, Milano, 2011;
- MANTOVANI F., *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990;
  - *Diritto penale - Parte generale*, 6° ed., Cedam, Padova, 2009, 81 ss.;
- MARGUENAUD J.P., *Le droit de propriété*, in *Les grand arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 5° ed., Presses universitaires de France, Paris, 2009;
- MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Giappichelli, Torino, 1988, 28 ss.;
- MARINUCCI G., *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in G. Vassalli, a cura di, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006;
  - *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007;
  - *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011;
- MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, I, 3° ed., Giuffré, Milano, 2001;
  - *Manuale di diritto penale - Parte generale*, 3° ed., Giuffré, Milano, 2009;
- MASSA M., *Confisca (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Giuffré, Milano, 1961;
- MATTEI U., voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv. civ.*, 4 ed., XIV, Utet, Torino, 1997;
- MATTEI U.-PES L., *Civil law e common law: verso una convergenza?*, in M. Vogliotti, a cura di, *Il tramonto della modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2009;
- MATSCHER F., *Il concetto di legge secondo la recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di Guido Gerin*, Cedam, Padova, 1996;
- MATTEI U., *Il modello di common law*, 3° ed., Giappichelli, Torino, 2010;
- MAUGERI A.M., *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999;
  - *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffré, Milano, 2001, 462 ss.;
  - *Profili di legittimità costituzionale delle sanzioni patrimoniali (prima e dopo la riforma introdotta dal decr. n. 92/2008): la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Suprema Corte*, in F. Cassano, a cura di, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, Neldiritto Editore, Roma, 2009;
- MAYER M.E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Schletter, Breslau, 1903, 23 ss.;

- MILITELLO V., *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in V. Militello-L. Paoli-J. Arnold, a cura di, *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Giuffr , Milano, 2000;
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, Esi, Napoli, 1992;
  - *La perenne emergenza*, 2° ed., Esi, Napoli, 1997, 227 s.;
- MODUGNO F., voce *Legge in generale*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffr , Milano, 1973;
- MONACO L., *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Jovene, Napoli, 1984, 112 ss.;
- MONGILLO V., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identit : luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008;
- MOR G., *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Giuffr , Milano, 1970;
- MOSCATI E., voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffr , Milano, 1982;
- MUCCIARELLI F., *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte costituzionale 364/1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996;
- MULARONI A., *Il futuro della Corte di Strasburgo a 56 anni dall'adozione della Convenzione europea dei diritti umani*, in *I diritti dell'uomo*, 2006;
- MURRAY J. L., *Consensus: concordance, or hegemony of the majority?*, in *Dialogue between judges*, European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 2008;
- MUSCO E., *La misura di sicurezza detentiva*, Giuffr , Milano, 1978;
- NICOLOSI M., voce *Reato militare*, in *Dig. disc. pen.*, 4 ed., XI, Utet, Torino, 1996;
- NAEGELI E., *Il male e il diritto penale*, in *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel* (a cura di L. Eusebi), Giuffr , Milano, 1989;
- NAUCKE W., *R ckwirkende Senkung der Promillegrenze und Rückwirkungsverbot*, in *NJW*, 1968;
  - *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in M. Romano-F. Stella, a cura di, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980;
- NEPPI MODONA G., *Il reato impossibile*, Giuffr , Milano, 1965;
- NEUMANN U., *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungs nderungen der Strafgerichte?*, in *ZStW*, 1991;
- NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006;
  - *Il c.d. 41 bis   una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009;
  - *Commento all'art. 7,   2*, in S. Bartole-P. de Sena-V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea di diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, in corso di pubblicazione;
- NOLL P., *La fondazione etica della pena*, in *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel* (a cura di L. Eusebi), Giuffr , Milano, 1989;

- NUVOLONE P., *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968;
  - *I limiti taciti della norma penale*, 2° ed., Cedam, Padova, 1972, 18 ss.;
  - *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, in *L'indice penale*, 1973;
  - voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Giuffré, Milano, 1976;
  - voce *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffré, Milano, 1982;
- OSBORNE C., *Does the end justify the means? Retrospectivity, article 7, and the marital rape exemption*, in *European human rights law review*, 1996;
- OST F., *Originalità dei metodi di interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. Delmas-Marty, a cura di, *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 1994;
- OST F.-VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramde au réseau*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002;
- PADOVANI T., *Il binomio irriducibile*, in G. Marinucci-E. Dolcini, a cura di, *Diritto penale in trasformazione*, Giuffré, Milano, 1985;
  - *Lectio brevis sulla sanzione*, in F.D. Busnelli-G. Scalfi, a cura di, *Le pene private*, Giuffré, Milano, 1985;
  - *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Ind. pen.*, 1986;
  - *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987;
  - *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992;
  - *Diritto penale*, 9° ed., Giuffré, Milano, 2008, 4;
- PADULA L., *Sequestro e confisca dopo la riforma del codice della strada nell'alternanza fra giurisdizione e politica giudiziaria*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2011;
- PAGLIARO A., voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffré, Milano, 1973;
  - *Principi di diritto penale – Parte generale*, 8° ed., Giuffré, Milano, 2003, 10 ss.;
- PALAZZO F.C., *Il problema dell'ignoranza della legge penale nelle prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975;
  - *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979;
  - *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. pen.*, 1986;
  - *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988;
  - *Legalità e indeterminatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in G. Vassalli, a cura di, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006;
  - *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in C.E. Paliero-E. Dolcini, a cura di, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffré, Milano, 2006;
  - *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quad. fiorentini*, 2007;

- *Corso di diritto penale - Parte generale*, 4° ed., Giappichelli, Torino, 2011;
- PALIERO C.E., *Il "diritto penale-amministrativo": profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1980;
  - *La legge 689 del 1981: prima "codificazione" del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. dir.*, 1983;
  - *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985;
  - *"Minima non curat praetor"*, Cedam, Padova, 1985, 4 s.;
  - *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993;
  - *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F.C. Palazzo, a cura di, *Societas puniri potest*, Cedam, Padova, 2003;
- PALIERO C.E.- TRAVI A., *La sanzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1988;
- PANUNZIO S.P., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S.P. Panunzio, a cura di, *I Diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005;
- PANZARASA M., *Confisca senza condanna?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010;
- PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale*, ETS, Pisa, 2009, 167 ss.;
- PARISI N., *Ancora in tema di riconoscimento reciproco e principio di stretta legalità penale nell'Unione europea: alcune considerazioni a partire dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011;
- PARODI GIUSINO M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 1990, 11 ss.;
- PAVARINI M.-DONINI M., *Silète poenologi in munere alieno!*, in M. Pavarini, a cura di, *Silète poenologi in munere alieno!*, Monduzzi, Bologna, 2006;
- PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario*, Giappichelli, Torino, 2008;
  - *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2011;
- PETROCELLI B., *La colpevolezza*, 3° ed. ristampata, Cedam, Padova, 1962, 120 ss.;
  - *L'antigiuridicità*, 4° ed., Cedam, Padova, 1966;
- PICCHIO FORLATI M.L., *La lotta contro la discriminazione alla luce del diritto internazionale ed europeo*, in S. Riondato, a cura di, *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso - Diritti fondamentali e tutela penale*, Cedam, Padova, 2006;
- PICOTTI L., *La criminalità internazionale: forme di manifestazione ed ambiti di contrasto*, in Aa. Vv., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Giuffrè, Milano, 2005;
- PICOTTI L.-SPANGHER G., a cura di, *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive*, Giuffrè, Milano, 2003;
- PIERGALLINI C., *Argomenti per l'"autonomia" dell'illecito amministrativo: il nodo della "lex mitior"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994;

- PISANESCHI A., *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Cedam, Padova, 1998;
- PIZZORUSSO A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002, 48 ss.;
- POMORSKI S., *American common law and the principle nullum crimen sine lege*, Mouton, The Hague-Paris, 1975;
- PREBENSEN S.C., *Evolutive interpretation of the European Convention of Human Rights*, in Aa. Vv., a cura di, *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne - Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heynemans Verlag KG, Köln-Berlin-München, 2000;
- PULITANÒ D., voce *Ignoranza della legge penale*, in *Enc. dir.*, XX, Giuffrè, Milano, 1970;
  - *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 1976;
  - *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983;
  - *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988;
  - *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007;
  - *Art. 5 c.p.*, in A. Crespi-G. Forti-G. Zuccalà, a cura di, *Commentario breve al codice penale*, 5° ed., Cedam, Padova, 2008;
  - *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2008;
  - *Diritto penale*, 3° ed., Giappichelli, Torino, 2009, 3 ss.;
- PUPPO F., *Logica fuzzy e diritto penale nel pensiero di Mireille Delmas-Marty*, in *Criminalia*, 2009;
- RADBRUCH G., *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946;
- RANDAZZO B., *Nuovi sviluppi in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *I diritti dell'uomo*, 2006;
  - *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in N. Zanon, a cura di, Aa. Vv., *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Esi, Napoli, 2006;
- RIONDATO S., *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in U. Vincenti, a cura di, *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso*, Cedam, Padova, 2000;
- ROCCHI F., *Da una decisione sulle misure di sicurezza una possibile ricaduta nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2010;
- ROCCO A., *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in A. Rocco, *Opere giuridiche - III - Scritti giuridici vari*, Società editrice del "Foro italiano", Roma, 1933;
  - *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, in A. Rocco, *Opere giuridiche - III - Scritti giuridici vari*, Società editrice del "Foro italiano", Roma, 1933;
- ROETS D., *L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Recueil Dalloz*, 2004;
  - *La non-rétroactivité de la jurisprudence pénale in malam partem consacrée par la CEDH*, in *Recueil Dalloz*, 2007;

- ROLLAND P., *Article 7*, in L.E. Pettiti-E. Decaux-P.H. Imbert, a cura di, *La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, 2° ed., Economica, Paris, 1999;
- ROMAGNOSI G.D., *Osservazioni sulla dissertazione del signor avvocato Massa di Mentone, intitolata: della legislazione criminale*, in A. De Giorgi, a cura di, *Opere edite ed inedite di G.D. Romagnosi sul diritto penale*, I, 1841, 483;
- ROMANO M., *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in M. Romano-F. Stella, a cura di, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980;
  - *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993;
  - *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3° ed., Giuffré, Milano, 2004;
- RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Giappichelli, Torino, 1979;
- RORDORF R., *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V;
- ROSELLI F., *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Giuffré, Milano, 1994;
- C. ROXIN, *"Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strarechtliche Systemkategorien*, in Id., a cura di, *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974;
  - *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in A. Kaufmann, a cura di, *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, Verlag C.H. Beck, München-Frankfurt A.M., 1979;
  - *Zur Problematik des Schuldstrafrechts*, in *ZStW*, 1984, trad. it., *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984;
  - *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987;
  - *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in Id., *Politica criminale e sistema del diritto penale* (a cura di S. Moccia), Esi, Napoli, 1998;
  - *Che cosa resta della colpevolezza nel diritto penale*, in Id., *Politica criminale e sistema del diritto penale* (a cura di S. Moccia), Esi, Napoli, 1998;
  - *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, I, 6° ed., Verlag C.H. Beck, München-Frankfurt A.M., 2006, 85 ss. e 148;
- RUGGERI A., *Ancora in tema di rapporti tra Cedu e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in *Pol. dir.*, 2008;
  - *I diritti fondamentali tra carte internazionali e Costituzione (dalla forza delle fonti alle ragioni dell'interpretazione)*, in M. Vogliotti, a cura di, *Il tramonto della modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2009;
- RUSSO R., *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*, in *Cass. pen.*, 2011;
- SALCUNI G., *La nozione comunitaria di pena: preludio ad una teoria comunitaria del reato?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002;

- SALERNO F., *Le modifiche strutturali apportate dal Protocollo n. 14 alla procedura della Corte eur. dir. uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006;
- SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Jovene, Napoli, 1983;
- SATZGER H., *Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Straf- und Strafprozessrecht - Grundlagen und wichtige Einzelprobleme*, in *Jura*, 2009;
- SCIARABBA V., *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte: le "clausole orizzontali" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in N. Zanon, a cura di, *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Esi, Napoli, 2006;
  - *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. cost.*, 2007;
  - *Tra fonti e corti*, Cedam, Padova, 2008;
- SGUBBI F., *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1983;
  - *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001;
  - *La legge n. 146 del 2006 in materia di reato transnazionale: profili problematici*, in *Ius17@unibo.it*, 2009;
- SICURELLA R., *Nulla poena sine culpa: un véritable principe commun européen?*, in *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, 2002;
  - *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011;
- SINISCALCO M., *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1987, 123 ss.;
- SOTIS C., *Il diritto senza codice*, Giuffrè, Milano, 2007;
  - *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010;
  - *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011;
  - *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011;
- SOTIS C.-BOSI M., *Il bizzarro caso dei pesci "in malam partem"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011;
- SOYER J., *L'article 7 de la Convention existe-t-il?*, in Aa. Vv., a cura di, *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne - Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*, Carl Heynemans Verlag KG, Köln-Berlin-München, 2000;
- SPASARI M., *Diritto penale e costituzione*, Giuffrè, Milano, 1966, 85 ss.;
- SPIELMANN D., *Principe de légalité et mise en oeuvre communautaire*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1997;
- SPIRITO D., *Dalle modifiche al sistema penale alle modifiche al sistema amministrativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982;
- STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006, 170 ss.;

- STORTONI L., *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988;
- STORTONI L.-TASSINARI D., *La responsabilità degli enti; quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006;
- STRENG F., *Die Zukunft der Sicherungsverwahrung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht*, in *JZ*, 2011;
- SUDRE F., *Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in *Aa. Vv.*, a cura di, *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne - Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*, Carl Heynemans Verlag KG, Köln-Berlin-München, 2000;
  - *Le principe de la légalité et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2001;
- TAGLIARINI F., *Le misure di prevenzione contro la mafia*, in *Ind. pen.*, 1974;
- TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia, a cura di, *I diritti in azione - Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007;
- TARUFFO M., *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004;
  - *Precedente e giurisprudenza*, in L. Mezzetti-E. Ferrer Mac-Gregor, a cura di, *Diritto processuale costituzionale*, Cedam, Padova, 2010;
- TEGA D., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quad. cost.*, 2008;
- THOMAS T., *European developments in sex offenders registration and monitoring*, in *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2010;
- TRAVI A., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 2010;
- TUCCI G., *Ascesa e caduta della confisca "urbanistica"*, in G. Tucci, a cura di, *Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo*, Cacucci, Bari, 2009;
- TULKENS F.-DONNAY L., *La teoria del margine nazionale di apprezzamento e la Corte europea dei diritti dell'uomo: paravento giuridico o criterio interpretativo indispensabile?*, in *Ius17@unibo.it*, 2008;
- VALAGUZZA S., *Alcune perplessità sul richiamo ai principi di diritto amministrativo europeo e, in particolare, alla Cedu, nella recente giurisprudenza amministrativa: la mancata ricognizione dei significati*, in *Dir. proc. amm.*, 2009;
- VALENTINI V., *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistematico dell'attuale giustizia penale europea*, in *Ius17@unibo.it*, 2011;
- VALTICOS N., *Interprétation juridique et idéologies*, in *Aa. Vv.*, *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne - Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*, Carl Heynemans Verlag KG, Berlin, 2000;
- VAN DROOGHENBROEK S., *Interprétation jurisprudentielle et non-retroactivité de la loi pénale*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1996;
  - *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001;

- VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961;
  - *Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato*, in *Giur. cost.*, 1977;
  - voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffré, Milano, 1985;
  - *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rass. penit. e crim.*, 1982;
  - *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, II;
  - voce "Nullum crimen sine lege", in *Dig. disc. pen.*, 4 ed., VIII, Utet, Torino, 1994;
  - *Il divieto di retroattività nella giurisprudenza della Corte europea*, in *I diritti dell'uomo*, 2001;
  - *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffré, Milano, 2001, 300 ss.;
- VECA S., *I diritti umani e la priorità del male*, in M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2003;
  - *La priorità del male e l'offerta filosofica*, Feltrinelli, Milano, 2005;
- VENEZIANI P., *L'oggetto dell'"ignorantia legis" rilevante*, in *Foro it.*, 1995, II;
- VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Giuffré, Milano, 2000, 199 s.;
  - *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005;
  - *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007;
  - *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in P. Corso-E. Zanetti, a cura di, *Studi in onore di Mario Pisani - II - Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, Celt, Padova, 2010;
  - *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011;
  - *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2011;
  - *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffré, Milano, 2011;
- VIGANÒ F.-GATTA G.L., *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti: pena o sanzione amministrativa accessoria? Riflessi sostanziali e processuali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2010;
- VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano*, I, Cedam, Padova, 1999, 332;
- VIOLA F., *Il rule of law e il pluralismo giuridico contemporaneo*, in M. Vogliotti, a cura di, *Il tramonto della modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2009;
- VISINTINI G., a cura di, *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Cedam, Padova, 1988;

- VOGLIOTTI M., *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001;
  - *La “rhapsodie”: fécondité d’une métaphore littéraire pour repenser l’écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, in *Rev. int. ét. jur.*, 2001;
  - *Penser l’impensable: le principe de la non-rétroactivité du jugement pénal in malam partem. La perspective italienne*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2003;
  - *Production du droit et réseau et juge “tisseur”. De quelques épiphanies de l’expérience juridique médiévale au sein de la justice pénale internationale*, in M. Delmas-Marty-E. Fronza-É. Lambert-Abdelgawad, a cura di, *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, Paris, 2004 ;
  - *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007;
  - *Introduzione*, in Id., a cura di, *Il tramonto della modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2009;
  - *Dove passa il confine?*, Giappichelli, Torino, 2011;
- WELZEL H., *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952;
  - *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, in *JZ*, 1956;
- ZACCARIA G., *L’analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989;
- ZAGREBELSKY G., *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2006;
  - *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008;
- ZAGREBELSKY V., *Dalla varietà delle opinioni all’unità della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 1988;
  - *La Convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, *Cass. pen.*, supplemento al n. 6/2003;
  - *Corte, Convenzione europea dei diritti dell’uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, V;
  - *L’avvenire del sistema europeo di protezione dei diritti umani affidato per ora al Protocollo n. 14 bis*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2009;
  - *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011;
- ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca, Torino, 1924, 40 ss.;
- ZAPPALÀ S., *Quale principio di legalità nel diritto internazionale penale?*, in M. Delmas-Marty-E. Fronza-É. Lambert-Abdelgawad, a cura di, *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, Paris, 2004;
- ZOLO D., *Fondamentalismo umanitario*, in M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2003;
  - *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Bari, 2006, 68 ss..