

## APPUNTI SU TALUNI ASPETTI DELLA NON PUNIBILITÀ NEL SISTEMA PENALE ITALIANO

di Gianluca Ruggiero

(professore associato di diritto penale, Università del Piemonte Orientale)

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La prescrizione come causa di estinzione della pretesa punitiva dello Stato ma non del reato; 3. Un breve raffronto con il Codice Zanardelli del 1889; 4. Sostanziale e processuale davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Alcune ipotesi problematiche di contrasto con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo; 5. La legalità (penalità) europea al banco di prova delle corti nazionali; 6. Gli elementi di contrasto tra il diritto nazionale e il diritto eurounitario. Lo spettro dei controlimiti e i percorsi alternativi ipotetici della vicenda disapplicativa; 7. L'art. 25, comma 2, Cost.: legalità sostanziale e legalità processuale a confronto. Conclusioni provvisorie

1. Le intense vicende dell'“affare Taricco” hanno fatto riemergere problematiche considerate sopite, vuoi perché si era raggiunta una sorta di concordia in ordine alla classificazione di determinati istituti, vuoi perché taluni fenomeni erano caduti nel dimenticatoio perché non più interessanti o di moda. Nell'orbita di questa premessa emerge il rapporto tra diritto sostanziale e processo il cui schema non è mai stato particolarmente lineare, dove la dottrina italiana, nella ricerca di una formula intesa ad armonizzare i due fenomeni giuridici è rimasta incagliata in punti morti, fra i quali spicca l'exasperato dualismo fra l'illecito penale considerato come la violazione di un dovere di osservanza di precetti e il correlativo dovere del giudice di applicare le norme di diritto sostanziale, le quali finiscono per costituire un semplice presupposto per l'attuazione della funzione giurisdizionale, uno strumento, quello del processo, di attuazione del diritto obiettivo.

Significativa di questo disagio appare l'affermazione secondo cui «*se la prescrizione fosse una regola processuale come nella maggior parte dei Paesi europei, questo ragionamento [quello formulato dalla Corte GUE in materia di irretroattività della norma sfavorevole n.d.r.] non avrebbe ragion d'essere*»<sup>1</sup>. Nell'insufficienza delle varie formule enumerate dalla dottrina, dalla Corte GUE e dalla Corte costituzionale italiana, ciascuna delle quali origina una serie di pseudo-problemi, si esprime un difetto di visuale del fenomeno sostanziale, come se questo fosse concepito come un insieme di norme che sanciscono il dovere dell'organo giurisdizionale di adottare una certa pronuncia in ordine ad un fatto previsto dalla norma incriminatrice.

Di contro è possibile osservare che esistono numerosi casi dove ad un'ipotesi perfettamente descritta in termini di illiceità sorge un dovere del giudice di pronunciarsi in senso contrario all'assoggettamento alla pena: si parla, a riguardo, di sentenze meramente processuali, molto spesso equiparate al giudicato, dove il procedimento si arresta senza possibilità di poter proseguire, salvo che venga successivamente rimosso l'ostacolo.

<sup>1</sup> DONINI M., *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2018, 8.

In base a quanto detto riesce non proprio lineare inquadrare il dibattuto problema relativo alla natura giuridica delle cause di esclusione della punibilità, tradizionalmente ritenute una questione di sapore squisitamente sostanziale anche se l'illiceità penale del fatto non ne risulta scalfita. Le ipotesi ricollegabili all'inapplicabilità della pena sono molteplici: esse spaziano dalle situazioni scriminanti che escludono in radice il fatto, in quanto elementi negativi, alle cause personali di esenzione dalla pena che invece lasciano residuare una riprovazione dell'ordinamento, alle ipotesi condizionate, alle situazioni estintive, all'irrelevanza penale per carenza dell'offesa, alla particolare tenuità del fatto ed a tutta una pletera di cause sopravvenute di non punibilità.

La plurisolvibilità della questione caratterizzata dalla sola nota accumulante della mancata applicazione della pena non consente di giungere ad un risultato dogmaticamente accettabile e porta ad impostare il problema in modo errato, non consentendo di distinguere con nettezza quelle ipotesi nelle quali il giudice deve assolvere per la presenza di una condizione di non punibilità dovuta a fattori affatto eterogenei e quelle pronunce con un cui il giudice si astiene dal decidere nel merito con una sentenza di non doversi procedere per difetto di querela o altra condizione di procedibilità.

La presa di posizione del Codice Rocco in merito alla natura sostanziale della estinzione del reato (e della prescrizione in particolare) deve fare i conti con tutta una serie di casi nei quali il reato estinto continua a spiegare efficacia sia a fini del risarcimento del danno (non patrimoniale) sia a fini diversi, quali la dichiarazione di delinquenza qualificata (abitudine e professionalità) sia per l'applicabilità della misura di sicurezza della confisca, sanzione oggetto di qualifica, da parte della Corte EDU, come penale. Nell'orbita di tale ultimo ordine di idee è dato riscontrare una multi qualificazione della medesima causa prima di improcedibilità (il difetto di querela) per poi diventare estintiva del reato qualora rimessa.

Sembra quindi di dover concludere, da queste prime brevi premesse, che il dibattito incentrato sulla distinzione tra norme processuali e sostanziali ricavato dalla formula dell'accertamento giudiziale autonomo, debba fare i conti con quei casi nei quali il processo si inizia e svolge in funzione esclusiva di accertamento dell'inesistenza di una condizione di procedibilità alla quale, seguendo il ragionamento prima prospettato, si dovrebbe attribuire natura sostanziale, con evidente deformazione della realtà delle cose.

2. L'indagine su questo tema si presenta in tutto il suo interesse e implicazioni pratiche, in special modo ove l'atteggiamento dell'interprete non si appiattisca sul lessico del legislatore del 1930 e indagli, più da vicino, le radici del fenomeno della estinzione del reato e della possibilità che i fatti estintivi si combinino reciprocamente. Senza dilungarci eccessivamente su questo fenomeno, affatto particolare, ma suscettivo di porre in crisi la distinzione fra estinzione del reato come fatto o come ente giuridico, sta la possibilità che una causa estintiva della responsabilità penale si possa verificare dopo la commissione di un reato condizionale ma prima che fosse intervenuta una condizione obiettiva di punibilità. In questo caso non avrebbe alcun senso parlare di estinzione della responsabilità penale, né in senso astratto (intesa come situazione giuridica soggettiva consistente nell'emanazione di un provvedimento del giudice che dia attuazione ad una sanzione penale) né in senso stretto (come applicazione della pena), poiché la mancanza della condizione fa sì che la fattispecie penale non si perfezioni. D'altra parte, non sarebbe nemmeno accettabile desumere l'indifferenza del fatto estintivo, e così ritenere che, ove a quel fatto seguisse la condizione di punibilità, potrebbe costituirsi la responsabilità accennata. Qui si apre un'ulteriore problematica relativa all'appartenenza della causa estintiva al piano della fattispecie, alla

stregua della condizione obiettiva di punibilità, punto sul quale si registrano usi linguistici e concettuali dei termini non sempre coincidenti e, a tratti, contraddittori.

Le espressioni “fatto giuridico” e “fattispecie” vengono spesso usate indifferentemente, ma un uso differenziato delle stesse si presenta non solo opportuno ma anche necessario per distinguere i fatti giuridici che danno vita ad una fattispecie complessa (o il solo fatto che dà vita alla fattispecie semplice), dai fatti naturali(stici), definendo questi come un accadimento preso in considerazione dal diritto cui vengono ricollegati determinati effetti<sup>2</sup>.

Ciò posto, emerge abbastanza chiaramente un difetto di visuale globale del fenomeno da parte del legislatore circa i rapporti fra condizioni di punibilità (esterne al fatto ma interne alla fattispecie) e le condizioni di procedibilità (querela, istanza e richiesta). Dopo l’affermazione che, in rapporto al reato condizionale, «il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata», nell’art. 158, comma 2°, c.p. si legge che «nondimeno, nei reati punibili a querela, istanza o richiesta, il termine della prescrizione decorre dal giorno del commesso reato»; ma si tratta di un’evidente incongruenza, solo apparentemente risolta nel codice di procedura penale all’art. 345 ma che l’art. 158 c.p. tratta congiuntamente (cfr. anche gli artt. 127, 128 e 130 c.p.) quasi fosse un’unica categoria, deduzione dal rilievo empirico che anche le condizioni procedibilità condizionano l’irrogazione della pena, alla pari – sia concesso dire – di tutte le condizioni necessarie per l’instaurazione di un procedimento penale e che si giunga ad una sentenza definitiva di condanna<sup>3</sup>.

Se quanto detto corrisponde ad una non completa comprensione del fenomeno, la congiunzione “nondimeno”, che in questo caso può prestarsi ad una certa ambiguità semantica, è da intendersi in senso avversativo-limitativo, tenendo conto della citata norma dell’art. 345 c.p.p. alla quale va riferito il termine di decorrenza della prescrizione dal giorno del commesso reato e non dal momento in cui si è verificata la condizione (di procedibilità). A tali difficoltà non è rimasta insensibile neppure la giurisprudenza, la quale, in più occasioni, ha offerto una concezione ibrida della querela, allo stesso tempo condizione obiettiva di punibilità e condizione di procedibilità. Oltre l’aspetto alquanto singolare di questo *monstrum* che non coglie la diversità di natura e di disciplina degli istituti sostanziali e processuali, la consistenza di questo orientamento sta – a nostro avviso – nel voler assoggettare la disciplina processuale alla più rigida regolamentazione dell’art. 2 c.p. Secondo questo orientamento, infatti, il mutamento nel tempo del regime della procedibilità a querela va risolto secondo il principio di retroattività della norma più favorevole: in altri termini: il regime della procedibilità inerisce alla fattispecie dato che è inscindibilmente legata al fatto come qualificato dal diritto<sup>4</sup>.

3. Ragioni quindi di estensione della disciplina del *favor rei* anche alla materia processuale, sulla base che i fatti giuridici estintivi, modificativi o impeditivi, siano attratti nell’orbita della disciplina sostanziale, a differenza – si dice – di quanto affermato nel Titolo IX del Libro I del Codice penale italiano del 1889, rubricato «*Dell’estinzione del reato e delle condanne penali*». Secondo la Relazione Zanardelli sul progetto del 1887 (n. LXVI) «*Si definiscono in questo titolo*

<sup>2</sup> Per questa terminologia, fondamentale, CONSO G., *Fatti giuridici processuali e procedimento*, in *Studi Urbinati*, 1954-55, 292, 296; GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, Part. I, *La fattispecie oggettiva*, Torino, 2000, 44 ss.

<sup>3</sup> Allo stesso errore di prospettiva sembra corrispondere l’inclusione nel codice penale, anziché in quello di procedura, degli articoli da 120 a 131 c.p., attinenti alla disciplina generale della querela, dell’istanza e della richiesta (titolarità del diritto, termini etc.).

<sup>4</sup> Cass. sez. III, 20 agosto, 1997, n. 2733.

*le cause che estinguono l'azione penale, ossia il diritto di esercitarla, e quelle che estinguono le condanne penali, o, meglio, il diritto di farle eseguire. Nei progetti precedenti la materia era divisa in due parti distinte; riguardante l'una l'azione penale, e l'altra le condanne penali, o, come dicevasi forse meno propriamente, le pene. Ma la maggior parte di queste cause sono comuni all'azione ed alla condanna, cioè: la morte; l'amnistia; la remissione della parte lesa; la prescrizione. Una soltanto è particolare all'azione: l'oblazione volontaria, che si riferisce esclusivamente alle contravvenzioni. Due sono particolari alla condanna, e precisamente: l'indulto o la grazia, e la riabilitazione».*

Interessante si rivela il riferimento della prescrizione tanto all'azione quanto alla condanna (cosa che accade anche oggi secondo il binomio: estinzione del reato ed estinzione della pena), tanto da farne il dispositivo più studiato dalla dottrina (artt. 91 ss. c.p. 1889, artt. 157 ss c.p. 1930), data anche la frequenza con la quale questa si verifica. Senza che sia necessario ricercare le singole differenze, si può sostenere che il lessico del legislatore non è probante, dato il perenne fluttuare delle categorie alle quali il fenomeno della estinzione, e della prescrizione in particolare, è, di volta in volta, riportato.

Ne è prova la problematica sorta a proposito della disciplina intertemporale della prescrizione stabilita dall'art. 42 delle disposizioni transitorie al Codice Zanardelli, ove si sanciva che qualora le disposizioni del codice dell'89 relative alla prescrizione dell'azione penale e delle condanne e quelle stabilite dalle leggi anteriori fossero state diverse, si sarebbero applicate quelle più favorevoli. La norma in parola è significativa di un'esigenza di giustizia che sovrasta sia la materia sostanziale che quella procedurale, sino a contemplare l'ipotesi che la legge anteriore avesse fissato un termine prescrizionale più lungo, ma senza ammettere atti interruttivi a differenza della legge sopravvenuta che avesse stabilito un termine più breve ma soggetto ad interruzione, stabilendo l'applicabilità della legge anteriore, semprechè la parte di esso che rimane a decorrere sia più breve di quello fissato dal nuovo codice a cominciare dalla sua attuazione.

4. Come detto in esordio del presente contributo, il dibattito non è ancora sopito, molte volte estremizzato in virtù di fragili prese di posizione ideologiche, che nulla hanno giovato alla chiarezza del fenomeno e ad una piana applicazione giurisprudenziale. È bastato qualificare come sostanziale un istituto per consentire/imporre di ridiscutere tutta una serie di argomenti in materia di legalità penale eurounionale, trascinando con sé una moltitudine ulteriore di problemi dei rapporti tra il diritto giurisprudenziale della Corte di Giustizia UE e della Corte EDU, sovente in posizione contraddittoria.

Prima di inoltrarci nella complessa trama delle relazioni suaccennata è necessario rifarci alla nozione formale di illecito che più in alto abbiamo definito come "fattispecie", e cioè il complesso dei fatti giuridici che condizionano l'applicazione di uno dei provvedimenti ai quali si conviene di attribuire la denominazione di sanzione. Normalmente in dottrina si è soliti offrire una nozione più intuitiva che dimostrativa del procedimento ri-costruttivo esposto, circoscrivendo l'indagine alla semplice constatazione dell'applicabilità della pena, che è tuttavia solo un modo di presentare l'illecito. In altri termini: anche le fattispecie improduttive di effetti sanzionatori esprimono una valutazione in termini di illiceità, come le ipotesi di sopravvenuta estinzione per prescrizione del reato.

Concentrandoci esclusivamente su questo fenomeno, mettendo da parte le altre ipotesi di non punibilità, a questa proposizione fa riscontro anche una giurisprudenza secondo cui è legittimo l'ordine della confisca a seguito di un procedimento penale che, **pur non avendo le caratteristiche formali della condanna, ne presenti i requisiti sostanziali:**

contemporanea presenza degli elementi oggettivi e soggettivi dell'illecito<sup>5</sup>. La possibilità di disporre la confisca (diretta) e obbligatoria ai sensi dell'art. 240 c.p. e 322-ter c.p. anche in presenza di un fatto estintivo sopravvenuto se può dirsi oramai principio acquisito<sup>6</sup>, mette in crisi quello svolgimento dottrinario e giurisprudenziale che ha liquidato la problematica legata alla prescrizione del reato, siccome di natura sostanziale e non processuale della stessa. Ciò non significa, tuttavia, che qualificare un fatto giuridico attinente al diritto materiale implichi di attribuirgli dignità di elemento costitutivo del reato anche se risulta difficile trovare una collocazione dommatica, soprattutto alla luce di quella convenzione terminologica che qualifica come processuale quella sentenza che concluda un accertamento giudiziale volto all'accertamento dell'inesistenza di una condizione di procedibilità.

Rifacendoci all'esempio prima formulato della querela, chi, ad esempio, muova dal presupposto della natura sostanziale di essa, assimilandola ad una condizione di punibilità, non potrebbe sostenere che l'imputato non debba essere condannato per un reato originariamente previsto come condizionato (nel caso in cui la condizione non si sia verificata), qualora, al momento del processo, il medesimo reato sia perseguibile d'ufficio. Ad una conclusione diametralmente opposta si perviene qualora si ritenga che la disposizione disciplinatrice delle condizioni di procedibilità, in quanto riveste carattere processuale, si sottragga ai criteri coi quali la legge sostantiva risolve il conflitto tra più norme nello stesso tempo.

Può essere utile, a questo riguardo, prendere le mosse da un'esposizione casistica e comparativa: si usa dire che il giudice pronuncia nel merito allorché assolve per non avere commesso il fatto, oppure perché non vi sono prove sufficienti che il fatto sussista, od ancora perché ricorre una situazione di esenzione dalla pena. Viceversa, si conviene qualificare come sentenza a contenuto meramente processuale quella che dichiara di non doversi procedere per difetto della querela, dell'istanza, della richiesta o dell'autorizzazione. Se esaminiamo i due tipi di pronuncia con atteggiamento spoglio da prevenzioni, dobbiamo fermarci alla piana constatazione che le decisioni del primo tipo attengono all'esistenza del dovere di punire: il giudice deve astenersi dall'infliggere una pena, sia come conseguenza dell'inesistenza del fatto, per mancanza di un elemento positivo o per la presenza di un elemento negativo, sia per la presenza di una causa di non punibilità.

---

<sup>5</sup> Corte EDU, Grande Camera, sent. 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*.

**La questione sulla natura della confisca, e della sua variante (autonoma) per equivalente, è legata sia alla sua classificazione (pena o misura di sicurezza), sia alla conseguente disciplina: in primis, il divieto di retroattività. A partire dalla sentenza della Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi srl e altri c. Italia*, la confisca è stata classificata sanzione penale e, come tale, assoggettata al relativo "statuto" con la quale si è deciso che la confisca urbanistica costituisce sanzione penale ai sensi dell'art. 7 della CEDU e può pertanto venire disposta solo nei confronti di colui la cui responsabilità sia stata accertata in ragione di un legame intellettuale (coscienza e volontà) con i fatti. Con successiva sentenza, la Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia* (ric. n. 17475 del 2009), è stata ribadita detta natura proprio a proposito della confisca in materia urbanistica, aggiungendo che la confisca non può mai essere disposta in difetto di una sentenza di condanna, in particolare quando si è verificata l'estinzione del reato (a seguito di prescrizione). A riguardo la Corte costituzionale italiana (sent. 26 marzo 2015, n. 49), nel prendere atto di detto orientamento ha sostenuto che l'ordinamento italiano non preclude un accertamento compiuto del fatto di reato e, quindi, della responsabilità dell'autore dell'illecito, dichiarando di non poterlo punire per decorso del tempo, tuttavia assoggettando a confisca il bene provento del reato.**

<sup>6</sup> Cass., SS.UU., 21 luglio 2015, n. 31617.

Nelle pronunce del secondo tipo, invece, si riflette una situazione totalmente diversa, dove si intravedono dei limiti che l'ordinamento processuale può, di volta in volta e a seconda della fase in cui versa il processo, imporre al giudice penale quanto alle attività necessarie per giungere all'accertamento della responsabilità, benché si possa ravvisare in giurisprudenza una linea di tendenza favorevole ad un ampliamento di essi. In altri termini: il giudice deve astenersi dal realizzare ogni (ulteriore) condotta processuale diversa da quella consistente nell'emissione di una declaratoria di non doversi procedere. La questione intorno al dovere nascente dalla norma qui non sorge, eliminata in radice dalla constatazione che il giudice deve spogliarsi dell'attività tipicamente strumentale del processo, quale che sia il risultato a cui potrebbe approdare l'indagine giudiziale sull'esistenza del dovere di punire<sup>7</sup>.

Gli è che, a nostro avviso, un tipo di pronuncia del primo tipo ha un effetto preclusivo tendenzialmente assoluto, di cosa giudicata, in quanto pronuncia sul merito, così come sembra chiaramente stabilire l'art. 652 c.p.p.: «*La sentenza penale irrevocabile di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato, quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso dal danneggiato o nell'interesse dello stesso*», per cui è vietato l'assoggettamento della stessa persona ad un nuovo giudizio per il medesimo fatto, anche se successivamente alla sentenza emergano fatti i quali potrebbero determinare una pronuncia di contenuto radicalmente diverso rispetto a quella adottata. Nel caso di sentenza processuale, molto simile al giudicato, se la condizione di procedibilità dichiarata inesistente sia poi posta in essere nulla impedisce che vi sia una successiva fase processuale concludentesi in una condanna o in una assoluzione.

L'aver tracciato i lineamenti anche contenutistici dei due tipi di provvedimenti conseguenti all'inesistenza del dovere punitivo o al dovere relativo allo svolgimento di attività che rivestono un ruolo strumentale rispetto all'accertamento del reato, ci consente, oltre a tracciare una netta demarcazione tra diritto penale e processo, di formulare qualche osservazione ulteriore sulla *vexata quaestio* della prescrizione.

Se si dovesse seguire la dottrina sinora citata, dovremmo arrestarci alla considerazione dell'esistenza di fatti giuridici (estintivi) costitutivi di un doppio effetto giuridico, espresso nel dovere, sostanziale, di non punire, prosciogliendo nel merito, ed in quello, processuale, di astenersi dallo svolgimento di ogni attività giudiziale, il che però non vuol dire ancora nulla sull'esistenza di presidi garantisti comuni ad entrambi i sistemi.

5. La difficoltà maggiore per poter addivenire a conclusioni sufficientemente appaganti è rappresentata da un concetto di legalità penale che a sua volta rimanda ad una concezione della penalità solo apparentemente condivisa.

A partire dalla nota sentenza *Engel* del 1976<sup>8</sup>, i criteri elaborati dalla Corte EDU sull'art. 7 CEDU tesi a fornire un approccio sostanzialista alla pena, onde evitare i travestimenti verbali o truffe delle etichette caratteristici dei fenomeni di depenalizzazione<sup>9</sup> hanno trovato un riconoscimento interno non totalizzante e nemmeno definitivo. La Corte costituzionale ha

---

<sup>7</sup> Sulla norma penale siccome fondata sul dovere, sull'esistenza di imperativi diretti ai sudditi e, correlativamente, al giudice, v. la messa a fuoco di GALLO M, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, 133 ss.

<sup>8</sup> *Engel and Others v. the Netherlands*, 8 giugno 1976, Series A no. 22

<sup>9</sup> Lo riconosce Corte cost., 11 maggio 2017, n. 109, § 3.1.

infatti sostenuto che seppur corrispondente agli autonomi criteri della pena, l'illecito amministrativo non diventa, per ciò solo, "penale", limitandosi a godere delle sole garanzie convenzionali. La discrezionalità legislativa nazionale rimane in piedi, potendo riservare alle sole sanzioni penali interne le eventuali maggiori garanzie previste dal singolo ordinamento<sup>10</sup>. Particolarmente sottile è poi la distinzione tra la finalità repressiva e la finalità riparatoria che la sanzione persegue e che consentirebbe di concludere per l'appartenenza della prima alla materia penale e della seconda ad un campo diverso, comunque estraneo all'art. 7 CEDU.

Proprio riguardo alla confisca, per restare sul terreno delle misure sostanzialmente penali – almeno nell'interpretazione datane dalla Corte EDU – si è cercato di ricavare una nozione autonoma di sequestro (confisca) finalizzato alla demolizione, dalla confisca. La prima, infatti, non può considerarsi una «pena» nemmeno ai sensi dell'art. 7 della CEDU<sup>11</sup>, perché «essa tende alla riparazione effettiva di un danno e non è rivolta nella sua essenza a punire per impedire la reiterazione di trasgressioni a prescrizioni stabilite dalla legge».

Sulla scia della sentenza della Corte EDU, la Cassazione legittima, in quanto giustificato e conforme alla CEDU, l'ordine di demolizione delle opere abusive incompatibili con le disposizioni degli strumenti urbanistici eventualmente accompagnato da una dichiarazione di inefficacia dei titoli abilitativi illegittimi. Sembra confermato – secondo la Corte suprema – che la invocata sentenza della Corte di Strasburgo non solo non ha escluso un sequestro o un ordine di demolizione dell'opera contrastante con le norme urbanistiche nei confronti di chiunque ne sia in possesso, anche qualora si tratti di terzo acquirente estraneo al reato, ma ha addirittura implicitamente ritenuto che una tale sanzione ripristinatoria può considerarsi giustificata rispetto allo scopo perseguito dalle norme interne di assicurare una ordinata programmazione e gestione degli interventi edilizi<sup>12</sup>.

Ne discende, secondo questo ragionamento, la natura squisitamente amministrativa, perché ripristinatoria, della confisca volta alla demolizione, senza tuttavia che la possibilità che il provvedimento del giudice penale che ordini l'ablazione definitiva del manufatto e il provvedimento dell'autorità amministrativa di acquisizione dello stesso e dell'eventuale area circostante, coincidendo, facciano sospettare che si tratti di pene e senza contare il potere del giudice penale di subordinare alla concessione della sospensione condizionale della pena la demolizione ad opera del contravventore.

Detto orientamento sembra offrire una soluzione più apparente che reale, acuita da una rilettura della giurisprudenza della Corte EDU ad opera della Corte costituzionale italiana, successiva alla sentenza "Varvara"<sup>13</sup>, secondo cui le sentenze della Corte europea non vanno interpretate ricorrendo all'apparato concettuale e linguistico proprio del diritto interno, in quanto la Corte, quando non utilizza termini che richiamano espressamente il significato che essi hanno nel diritto nazionale, utilizza nozioni definite «autonome», rilevando anche come un diverso approccio potrebbe portare a incomprensioni o distorsioni foriere di gravi conseguenze<sup>14</sup>.

A riguardo ci si imbatte, da un lato, in una delle prime battute d'arresto verso il primo entusiasmo *europafreundlich* inaugurato dalle note "sentenze gemelle" del 2007 (nn. 348 e 349). Breve: è necessario per il giudice ordinario leggere il "diritto" della Corte EDU conformemente alla Costituzione, in nome del 'predominio assiologico di questa sulla CEDU'.

<sup>10</sup> Corte cost., 10 gennaio 2017, n. 43, §§ 3.4; 4.1.

<sup>11</sup> Corte EDU, 20 gennaio 2009, Sud Fondi c/ Italia, **ric. n. 75909/01**.

<sup>12</sup> Cass., Sez. III, 10 novembre 2015, n. 49331, Delorie; Cass., Sez. III, 11 dicembre 2018, n. 55372.

<sup>13</sup> Corte EDU, **seconda sezione, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, ric. n. 17475/09**

<sup>14</sup> Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49.

Dall'altro lato, l'oggetto del contendere davanti alla Consulta era rappresentato dalla natura giuridica di una sanzione (la confisca) e i suoi rapporti con la causa estintiva del reato della prescrizione. Questa volta però, a differenza della "vicenda Taricco" di cui si dirà, i termini del discorso sono rovesciati: si discute dell'applicabilità di una misura avente contenuto materialmente affittivo anche a fronte di una sentenza di proscioglimento per sopravvenuta estinzione del reato.

La vicenda, così brevemente riassunta, può essere considerata il preludio della successiva sentenza 115/2018 e cioè che le qualificazioni giuridiche nazionali sono espressione di un nucleo insopprimibile di discrezionalità legislativa cui segue anche la relativa copertura garantista offerta dal sistema: nel primo caso, natura amministrativa della confisca urbanistica con conseguente applicabilità anche in assenza di sentenza di condanna; nel secondo, natura sostanziale dell'istituto della prescrizione e inapplicabilità retroattiva di un eventuale *reformatio in pejus* dello stesso.

L'esistenza, tuttavia, nell'ordinamento penale interno di una disciplina *ad hoc* per la confisca "misura di sicurezza patrimoniale" che consente di poterla ordinare anche in caso di estinzione del reato, nonché della possibilità che il giudice penale accerti l'esistenza del reato in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, affermando, quindi la colpevolezza dell'imputato, pur dovendo rinunciare a punirlo (pronuncia solo sul processo) fa sì che, a prescindere dalla qualifica amministrativa o penale, questa possa essere ordinata anche se il reato è estinto. Ciò dovrebbe invogliare a rivedere quell'opinione secondo cui queste misure ablative hanno comunque una finalità affittiva, meglio inquadrabile fra le tecniche di compensazione fra l'illecito e il danno criminale cagionato (siano esse di applicazione facoltativa od obbligatoria)<sup>15</sup>.

D'altro canto, la legalità eurolunitaria è diversa da quella della Corte EDU: mentre quest'ultima cerca di attrarre nell'orbita degli artt. 6 e 7 della Convenzione sanzioni domestiche riconosciute come non penali, la Corte di Giustizia UE stabilisce una netta cesura fra ciò che è sostanziale e ciò che attiene alla dimensione processuale della vicenda penale, senza tenere conto del significato che per quello o quell'altro ordinamento un istituto può avere e affermando, apoditticamente, che le garanzie per l'uno non valgono per l'altro<sup>16</sup>.

6. Attesa la profonda contraddittorietà fra le giurisprudenze "europee" è da notare come la predetta distinzione abbia trovato largo utilizzo per agevolare, dietro le mentite spoglie di interpretazione conforme del diritto nazionale in relazione al diritto eurolunitario, una lettura *contra reum* del diritto interno attraverso l'utilizzo del procedimento analogico creativo di norme non espressamente previste. In tutto in nome del primato del diritto unitario sul diritto interno e della soccombenza della legalità processuale rispetto al principio di leale cooperazione<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> In questo senso ci eravamo già espressi in un primo commento alla citata sentenza costituzionale n. 49/2015 in RUGGIERO G., *Die Ausgleichseinzziehung in der aktuellen italienischen Strafrechtsdogmatik*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2016, 886 ss. Un discorso a parte potrebbe, forse, valere per la confisca per equivalente.

<sup>16</sup> In argomento, da ultimo, PLANTAMURA V., *Legalità costituzionale e convenzionale: tra misure di prevenzione e concorso esterno*, in *Arch. pen.*, 3/2018, 13 ss.

<sup>17</sup> V. le sentenze Corte GUE, grande sezione, 16 giugno 2005, Pupino; Corte GUE, Grande sezione, 26 febbraio 2013, C-399, Melloni. Le questioni affrontate, nel primo caso riguardano ulteriori problemi. In primo luogo, il discutibile riconoscimento della natura vincolante delle Decisioni quadro (nel caso si tratta della Decisione 2001/220/GAI); in secondo luogo, l'obbligo per il giudice di estendere la

Di stampo nettamente opposto il discorso sviluppato dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza della Grande Sezione del 5 dicembre 2017 dove la leale cooperazione sembra essere richiamata per affermare la necessità che tutti i protagonisti dell'Unione si adoperino per far sì che il principio di legalità assurga definitivamente ad asse portante di tutto l'ordinamento unionale (argomentando ex art. 4.3 TUE).

Com'è stato lucidamente osservato, il giudice lussemburghese non fa alcuna esplicita menzione del disposto di cui all'art. 4.2 TUE che impone di ossequiare i principi di struttura degli ordinamenti degli Stati membri<sup>18</sup>, ma riconosce che la considerazione sostanzialista della prescrizione italiana metta a riparo da un'eventuale applicazione retroattiva<sup>19</sup>.

Ma è proprio a tal riguardo che il tema della legalità deve giocare tutta la sua efficacia dirompente. Se si vuol parlare di "europeizzazione" della legalità o – come anche è stato detto – di difendere i diritti fondamentali in Europa e non contro l'Europa<sup>20</sup>, andando oltre l'ostacolo nominalistico del diritto sostanziale-processuale.

Con la *Taricco bis* il Giudice dell'Unione ribadisce l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare disposizioni interne sulla prescrizione che siano in contrasto con l'art. 325 TFUE, come interpretato dal giudice europeo, ribadendo questo procedimento come obbligatorio per il giudice nazionale. Come si concili questa affermazione con la riserva di legge in materia penale e il divieto di retroattività non è dato di capire (§ 3), non esclude la possibilità, per i reati commessi successivamente, di disapplicare le disposizioni interne sulla prescrizione, pure se "rientranti nel diritto sostanziale nazionale" (elemento – quest'ultimo – accettato dalla sentenza europea), ma con la prospettiva di un mutamento di orientamento per il futuro, in relazione alle modifiche medio tempore sopravvenute del diritto europeo derivato.

Resta tuttavia da prendere in considerazione la possibilità che la Corte costituzionale dichiarasse illegittimo l'art. 161, secondo comma c.p., secondo il quale dall'interruzione della prescrizione non può in ogni caso derivare l'aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere applicando anche ai reati fiscali contemplanti una "frode grave", per questo tipo di reati il termine "lungo" previsto all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p. per altri reati in materia finanziaria.

Si sarebbe trattato di una sentenza "additiva" che introietta un elemento di fattispecie prima non previsto nella parte in cui non prevede un termine superiore eguale ad altri delitti che

---

disciplina dell'incidente probatorio originariamente circoscritto dagli artt. 392 c.p.p. e 398, comma 5 bis, al caso di specie; in terzo luogo l'impossibilità da parte del giudice, obbligato all'interpretazione conforme, di invocare il divieto di applicazione analogia anche in materia processuale agganciandosi al parametro costituzionale di cui all'art. 25, comma II, Cost. Il secondo caso, invece, pone l'esistenza di "controlimiti" rappresentati dalla disciplina interna maggiormente garantista rispetto a quella delle Decisione quadro sul mandato di arresto europeo. Similmente al caso *Taricco*, si assiste ad un interesse costituzionalmente tutelato ritenuto prevalente su un interesse eurounitario. Stesso discorso viene riproposto a proposito dell'Ordinanza n. 24/2017 con la quale la Corte costituzionale ha, di fatto, imposto il punto di vista nazionale rispetto a quello europeo. Fortemente critico RUGGERI A., *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XXI, *Studi dell'anno 2017*, Torino, Giappichelli, 2018, 443 ss., 454 ss.

<sup>18</sup> RUGGERI A., *La Corte di giustizia porge un ramoscello di ulivo alla Consulta su Taricco e resta in fiduciosa attesa che legislatore e giudici nazionali si prendano cura degli interessi finanziari dell'Unione*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti.*, cit., 655.

<sup>19</sup> Cfr. LUPO E., *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 dicembre 2017, III s.

<sup>20</sup> VIGANÒ F., *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza N. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 marzo 2017, 2.

offendono un medesimo interesse. Sul punto, però, si potrebbe osservare che l'art. 291 *quater* del D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 (*Associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri*) sanziona un più ampio ventaglio di interessi, al di là di quelli finanziari e coinvolgenti beni relativi all'ordine pubblico del tutto identici a quelli previsti dal codice penale; ragion per cui non sembra percorribile la strada dell'identità di *ratio* e relativa discriminazione sanzionatoria<sup>21</sup>.

In altri termini, a parte il non convincente argomento della genericità dell'art. 325 TFUE, non molto dissimile, per la verità, ad altre norme-principio spesso invocate con successo nei giudizi di costituzionalità, sarebbe da vagliare – più approfonditamente – l'argomento della praticabilità della via della “sentenza additiva”, con tutte le conseguenze che ne derivano.

È noto che il procedimento “per aggiunta” di elementi che nel testo denunciato di illegittimità costituzionale, vede l'inclusione di dati che la Corte reputa necessari per assicurare la conformità alla Costituzione – in questo caso ex art. 117 Cost. – e al Trattato sul funzionamento dell'UE, quest'ultimo parametro finale di valutazione. Al testo in vigore (art. 161 c.p.) si sarebbe aggiunto qualcosa che esso non conteneva, creando sostanzialmente una nuova norma che colma (o dovrebbe colmare) una lacuna in contrasto con le norme convenzionali e costituzionali. L'ostacolo principale a questo tipo di sentenza tuttavia risulta – a nostro avviso – nell'impossibilità, nel caso di specie, di estrapolare, esplicitandolo, un principio generale del settore a cui la norma oggetto della decisione della Corte appartiene, o di una normativa costituzionale. E si tratta, fra l'altro, di una norma nuova operante *in malam*, sancendo un peggioramento del trattamento penale globale, costruendo quindi una fattispecie nuova in ossequio ad esigenze di tutela derivate da un generico obbligo di apprestare una tutela idonea, dissuasiva, efficace alla lesione di interessi finanziari dell'UE.

Gli è che, l'esistenza di più regole ricavabili dal testo eurounitario fa sì che la Corte non possa in alcun modo optare per l'uno o per l'altro, ricadendo detta scelta nella pura discrezionalità del legislatore<sup>22</sup>. Ma nemmeno si può dire che le sentenze additive siano ammissibili in materia penale, in special modo quelle che si risolvono in una limitazione dei diritti o che assumono un aspetto *lato sensu* sanzionatorio perchè di competenza esclusiva del legislatore di uno stato democratico di diritto. Come sostenuto dalla stessa Corte costituzionale a proposito della sindacabilità delle norme di favore, sono sottratte a qualsivoglia intervento quelle che comportano una valutazione legislativa in termini di “meritevolezza” ovvero di “bisogno” di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta polico-criminale, alla quale non può sostituire una diversa strategia di criminalizzazione volta ad ampliare, tramite ablazione degli elementi stessi, l'area di operatività della sanzione<sup>23</sup>.

In aggiunta, e concludendo sul punto, per poter dichiarare incostituzionale una norma di favore è necessario che questa discenda dal confronto fra due o più norme compresenti nell'ordinamento in un momento storicamente dato e che abbiano la funzione di delimitare l'area di intervento di una norma incriminatrice, il che, nella vicenda in esame, non è, mancando sia la norma abrogata dalla riforma del 2005, se riferita alla sola vicenda

---

<sup>21</sup> Come avvenuto in Corte cost., 23 marzo 2016, n. 56, dove si è reputata irragionevole la modifica apportata all'art. 181 d.lgs. n. 42/2004 dalla legge 15 dicembre 2004, n. 308, attraverso la quale il legislatore aveva inteso punire più severamente le condotte incidenti su beni sottoposti a vincoli puntuali rispetto a quelle incidenti su beni vincolati per legge.

<sup>22</sup> Fondamentale Corte cost. 23 marzo 1983, n. 71.

<sup>23</sup> Corte cost., 1 giugno 2004, n. 161, § 7.1.

interruttiva, sia perché non esiste una norma generale coesistente che, riespandendosi, possa incriminare quel comportamento<sup>24</sup>.

7. Uno degli argomenti più dibattuti della scienza penale ha riguardato (e riguarda) se il principio di legalità operi in un campo più vasto di quello c.d. sostanziale; se, in altri termini, debba valere anche per le disposizioni del processo penale.

L'interesse rivestito dalla questione è dato dalla natura ibrida della prescrizione del reato, polimorfismo che emerge anche dalla differente tradizione giuridica degli Stati membri dell'UE nonché, come ricordato, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE<sup>25</sup>. Non solo. Dalla stessa giurisprudenza EDU emerge che l'istituto della prescrizione, indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale che gli attribuiscono i diversi ordinamenti nazionali, non forma oggetto della tutela apprestata dell'art. 7 CEDU, come affermato dalla pronuncia *Coeme v. Belgio* del 22 giugno 2000.

Dal canto suo, la Corte costituzionale ha affermato che il divieto di retroattività della legge incriminatrice si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale. Detto principio trova diretto riconoscimento nell'art. 25, secondo comma, Cost. in tutte le sue espressioni: e, cioè, non soltanto con riferimento all'ipotesi della nuova incriminazione, sulla quale pure la formula costituzionale risulta all'apparenza calibrata; ma anche con riferimento a quella della modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di un fatto già in precedenza penalmente represso<sup>26</sup>.

L'affermazione della Corte parrebbe valere anche nei confronti di mutamenti giurisprudenziali che introducano un trattamento in *peius* rispetto al "diritto" precedentemente formatosi, il che dovrebbe imporre di applicare la "regola Taricco" solo ai fatti futuri e non a quelli *sub iudice* in cui rapporti non sono, come si suol dire, esauriti.

---

<sup>24</sup> Di contrario avviso, ma con risultati inaccettabili, Cass., Sez. III, 20 gennaio 2016, n. 2210. Successivamente la Cassazione, Sez. IV, 20 marzo 2018, n. 17401 ha mitigato la rigida posizione precedentemente assunta sostenendo l'irretroattività della "Regola Taricco" ai fatti compiuti in precedenza. Resta il nodo gordiano della legge applicabile per il futuro, non essendo consentita – a nostro avviso – la creazione di una nuova da parte della magistratura.

Sulle tendenze più recenti della Corte costituzionale a colmare "vuoti" di tutela penale, ampliando in sindacato di legittimità alle norme di favore v., nella manualistica, CORNACCHIA L.-CANESTRARI S.-DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, 2017, 189 s.

<sup>25</sup> Parla di natura "incipite" e dalla ratio "sfuggente" della prescrizione VALENTINI V., *Giustizia penale e diritto sovranazionale: una sinergia inevitabilmente critica*, in *Studi in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 849.

La Corte costituzionale sembra essere orientata verso la natura sostanziale dell'istituto: Corte Cost., 23 novembre 2006, n. 393, § 4;

Per uno sguardo comparatista rivolto alla Germania e all'Austria v. HELFER M., *La prescrizione del reato: quali rapporti tra diritto e tempo in Germania, in Austria e, di recente, in Italia?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 novembre 2017.

<sup>26</sup> Corte cost. 23 novembre 2006, n. 394.

Ma è proprio questo il punto di disaccordo.

La dottrina penalista maggiormente attenta ad esigenze di garanzia sottese all'intero universo punitivo ha, tuttavia, proposto un'interpretazione diversa e rigorosa del principio di legalità, sino ad ammantare di questo anche talune regole processuali.

Muovendo infatti dall'idea di una "norma penale reale", composta da regole sostanziali e da regole processuali che si compongono in un tutto unitario, si ritiene che la natura processuale di una norma non costituisca di per sé ostacolo all'applicazione delle garanzie della legalità penale<sup>27</sup>. Volendo andare oltre quella che può apparire come una semplice intuizione, non è necessario ripercorrere a ritroso la storia del giure punitivo per trovare conferma che gli ordinamenti, i sistemi politici, rafforzano le loro posizioni nei confronti dei sudditi, aggravando la repressione: e ciò avviene non solo attraverso la creazione di fattispecie penali nuove o inasprendo le pene, quanto, subdolamente, modificando i modi attraverso i quali si procede nei confronti degli imputati.

Sembrirebbe d'uopo sostituire al concetto di legalità penale sostanziale quello più ampio di legalità penale repressiva, che raggruppa la materia penale e quella processuale sotto l'egida dell'art. 25, comma II, Cost.<sup>28</sup> superando così la contrapposizione tra "sostanza" e "processo" anticipata all'inizio del nostro intervento<sup>29</sup>, non senza però tacere che le conclusioni possano dirsi giocoforza uniformi.

Ferma restando la necessità di una riserva di legge in materia processuale, agevolmente derivabile dall'art. 13 Cost. e dell'art. 24 Cost. dal quale scaturisce il *Due Process of Law*, la retroattività o meno della prescrizione del reato, anche per coloro che ne sanciscono la natura sostanziale, deve fare i conti con le valutazioni che sono alla base della garanzia dell'irretroattività, le quali non possono giungere a far apparire comunque inviolabile l'aspettativa del singolo a guadagnare l'impunità<sup>30</sup>.

In altri termini, la regola del divieto di retroattività si attaglierebbe diversamente a seconda del tipo di norma processuale che viene in esame, se cioè questa è funzionale esclusivamente al processo ovvero ha una funzione impeditiva dell'accertamento sostanziale.

Con riferimento al primo gruppo di norme si possono citare i casi di retroattività dell'allungamento dei termini di custodia cautelare, lesivi sia del principio di uguaglianza che di inviolabilità della libertà personale (anche se il principio di legalità ex art. 13 Cost. è rispettato) ma non del divieto di retroattività della legge processuale (sfavorevole) derogabile, secondo la Corte costituzionale, da una "necessità di Stato"<sup>31</sup>.

Altro discorso sarebbe da farsi per quelle norme (a nostro avviso processuali) che hanno un'incidenza sostanziale, come la prescrizione, per cui deve giocoforza individuarsi un

---

<sup>27</sup> GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Vol. I, Torino, 2ª ed., 2015, p. 15; TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. pen. web*, 2017, 1, p. 15

<sup>28</sup> Si v. le belle pagine di SINISCALCO M., *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1969, rist. 1987, p. 130.

<sup>29</sup> Cfr. MASSARO A., *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 10.

<sup>30</sup> DE FRANCESCO G., *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, 135.

<sup>31</sup> Corte Cost., 14 gennaio 1982, n. 15 con nota di PACE A., **Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?** in *Giur. cost.*, 1982, 108 ss.; Corte di Assise Torino, Ord. 17 novembre 1980, in *Giur. cost.*, 1981, II, 412 ss.; NOBILI M., **Successione nel tempo di norme sui termini massimi della custodia preventiva e principi costituzionali**, in *Foro it.*, I, 1982, c. 2138; ELIA L., *La giustizia costituzionale nel 1982*, in *Giur. cost.*, 1983, I, 694 s. Resta fermo che la "necessità" deve essere sempre riferita alla proporzionalità del tipo di compressione dei diritti fondamentali, secondo la teorica formulata in RUGGIERO G., *La proporzionalità nel diritto penale*, Napoli, 2018, 241 s.

termine oltre il quale il divieto di retroattività opera senza riserve, mentre non spiegherebbe efficacia qualora esso non sia definitivamente trascorso, quando la pretesa punitiva dello Stato sia ancora esigibile e quindi non incompatibile con l'estinzione del reato per il decorso naturale del tempo<sup>32</sup>.

ILP

---

<sup>32</sup> Cfr. le lucide osservazioni di CHIAVARIO M., voce *Norma (Diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, 1978, 478 s.