

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo XXXV

Settore Concorsuale: 12/C1 DIRITTO COSTITUZIONALE

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/08 DIRITTO COSTITUZIONALE

**Fondamento e limiti costituzionali
del potere punitivo
nel sistema di legalità integrata**

Presentata da Pier Francesco Bresciani

Coordinatore Dottorato

Renzo Orlandi

Supervisore

Andrea Morrone

ESAME FINALE ANNO 2023

INDICE

Premessa	9
----------------	---

INTRODUZIONE

IL POTERE PUNITIVO COME QUESTIONE COSTITUZIONALE OGGI. STATO DELL'ARTE E DEFINIZIONE DELLA DOMANDA DI RICERCA

1. La trasformazione della Costituzione penale in corso sotto l'influenza europea	11
2. Analisi dei nuovi orientamenti della giurisprudenza costituzionale sull'ambito di applicazione delle garanzie penalistiche	15
2.1. L'abbandono dell'interpretazione consolidata dell'art. 25 Cost. quale norma applicabile solo al reato	18
2.2. La relativizzazione della presunzione di maggiore afflittività della sanzione formalmente penale	23
2.3. L'applicazione del principio di legalità costituzionale della pena a tutte le sanzioni punitive	28
2.4. Sintesi dello statuto costituzionale della punizione emergente dall'ultima giurisprudenza della Corte costituzionale	31
3. Ricostruzione e critica delle posizioni dottrinali sui nuovi orientamenti del giudice costituzionale	33
3.1. Il rapporto tra ambiti di applicazione di garanzie costituzionali e corrispondenti garanzie convenzionale (ossia: sul tipo e grado di integrazione tra sistema costituzionale e sistema EDU)	34
3.1.1. La tesi dell'autonomia	34
3.1.2. La tesi dell'integrazione	36
3.1.3. <i>Segue</i> : Critica delle due tesi rispetto ai risultati dell'analisi dei casi	39
3.2. La necessità di differenziare la nozione costituzionale di materia penale in ragione della specifica garanzia da applicare (ossia: sul grado di unitarietà della nozione costituzionale di materia penale)	40
3.2.1. La tesi della nozione differenziata "a geometrie variabili"	41
3.2.2. La tesi della nozione unitaria ma di grado	42
4. Definizione della domanda di ricerca e delle sue linee di sviluppo	43

PARTE I
CONTESTUALIZZAZIONE DEL PROBLEMA
NELL'AMBITO DELLA STORIA DELL'IDEA COSTITUZIONALE
DI POTERE PUNITIVO

1. Premessa metodologica e scopi della ricostruzione di una storia recente dell'idea costituzionale di punizione	47
--	----

SEZIONE I – LA FASE PRE-POSITIVA

2. Basi filosofiche del costituzionalismo e potere punitivo	52
2.1. Hobbes. La punizione tra potere naturale e potere giuridico	53
2.1.1. <i>Segue</i> : La definizione di punizione e i suoi corollari	56
2.1.2. <i>Segue</i> : Un primo accenno al dualismo punitivo?	58
2.2. Locke. Il potere punitivo come potere attribuito allo Stato nei limiti di quanto necessario a tutelare la proprietà	60
2.2.1. <i>Segue</i> : Il principio di proporzionalità: doppio fondamento e limite epistemologico	62
2.2.2. <i>Segue</i> : Il rapporto tra punizione e riparazione.....	63
2.3. Montesquieu. La dimensione istituzionale del potere di punire	65
2.3.1. <i>Segue</i> : La necessaria razionalità della scala punitiva e le distinzioni interne alla materia penale	68
2.4. Rousseau. Il fondamento giuridico del potere di punire: il consenso alla propria punizione	70
2.4.1. <i>Segue</i> : La connessione tra questione sociale e questione penale	73
2.5. Kant. Il fondamento morale della sanzione penale e le sue conseguenze	74
2.5.1. <i>Segue</i> : La teorizzazione della sanzione “amministrativa” quale punizione di diretta emanazione del potere esecutivo	78
2.6. Sintesi dei caratteri del modello storico di teoria costituzionale della punizione ..	79
3. Analisi del concetto di teoria costituzionale della punizione e discussione della sua rilevanza per gli studi costituzionalistici	82
4. <i>Segue</i> : Il pluralismo punitivo collocato nella teoria costituzionale della punizione ..	86

SEZIONE II – LA FASE POSITIVA

5. Il potere di punire tra indirizzo tecnico-giuridico e costituzionalismo penale	89
6. La prospettiva tecnico-giuridica: dalla concezione sostanziale alla concezione formale di sanzione amministrativa	93
6.1. <i>Segue</i> : la sanzione (amministrativa) disciplinare. Cenni	97

6.2. <i>Segue</i> : Il diritto penale amministrativo e la costruzione della nozione formale di sanzione penale	99
6.3. <i>Segue</i> : Relazione tra indirizzo tecnico-giuridico e interpretazione classica della Costituzione penale. Ricostruzione dell'orientamento tradizionale che esclude l'applicabilità degli artt. 25 e 27 Cost. alle sanzioni formalmente amministrative come lettura originalista della Costituzione	101
7. Oltre il nominalismo legalistico: lo sviluppo di una nozione unitaria funzionale di sanzione punitivo-afflittiva	103
8. Il costituzionalismo penale: la teoria costituzionale del reato. Il metodo	106
8.1. <i>Segue</i> : Distinzione tra sanzione penale ed extrapenale e sua critica	107
8.2. <i>Segue</i> : I limiti al potere del legislatore penale	109
8.3. <i>Segue</i> : Il rilievo dell'art. 3.2 Cost. e della questione sociale per il problema penale	110
8.4. <i>Segue</i> : Il nuovo ruolo del giudice comune	112
8.5. La ricezione della teoria generale del reato e il rifiuto teorico-politico del principio di necessaria offensività costituzionale	114
9. Sintesi dei caratteri dell'approccio tradizionale e dell'approccio costituzionalistico. Loro confronto con gli obiettivi minimi di una teoria costituzionale della punizione per determinare grado e modo della costituzionalizzazione del potere punitivo	118

SEZIONE III – LA FASE POST-POSITIVA

10. Il potere di punire nella prospettiva del diritto europeo dei diritti dell'uomo	123
10.1. Caratteri generali dell'approccio EDU. La nozione sostanziale di materia penale	124
10.1.1. Materia penale e materia disciplinare. Rilettura in senso sostanziale del criterio di distinzione relativo all'ambito di applicazione della sanzione alla generalità dei consociati	127
10.1.2. La <i>ratio</i> della nozione autonoma e della sua incertezza intrinseca	130
10.2. <i>Segue</i> : Limiti alle scelte di punire e garanzie per la materia penale	132
10.2.1. Valutazione del grado e del modo di costituzionalizzazione del potere punitivo a livello convenzionale	137
11. Il pluralismo punitivo interno alla materia penale	137
11.1. La graduabilità delle garanzie processuali per gli "illeciti minori"	138
11.2. <i>Segue</i> : L'interpretazione del diritto al <i>ne bis in idem</i> sostanziale	141
11.3. Incidenza del riconoscimento del pluralismo punitivo sul grado di costituzionalizzazione del potere di punire a livello convenzionale	142

12. Valutazione complessiva dell’approccio EDU nella prospettiva della costituzionalizzazione del potere punitivo. Suo confronto con gli approcci interni ...	143
---	-----

SEZIONE IV – OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

13. La tendenza contemporanea alla convergenza dei modelli interno ed EDU quale fattore di costituzionalizzazione	146
13.1. Ruolo dell’argomentazione giuridica sostanzialistica e soggettivistica rispetto al grado di costituzionalizzazione (in particolare riguardo alle sanzioni amministrative).....	148
14. Lo squilibrio tra il grado di costituzionalizzazione della Costituzione penale liberale e Costituzione penale sociale. Sua rilevanza per il dibattito attuale sullo statuto costituzionale delle sanzioni amministrative	151
ANNEXO 1. Tavola sinottica di confronto dei caratteri degli approcci tradizionale, costituzionalistico ed EDU	154

PARTE II

UN METODO PER L’INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE
DELLA “LEGALITÀ INTEGRATA” IN MATERIA PENALE

1. La “legalità integrata” in materia penale come problema costituzionale: stato dell’arte e definizione dell’oggetto di indagine	156
2. Descrizione dei diversi paradigmi entro cui i rapporti Costituzione-CEDU sono stati ricostruiti in generale	160
2.1. Paradigmi riconducibili alla teoria delle fonti: la dottrina della Corte costituzionale della “CEDU come norma interposta e sue critiche”	161
2.1.1. La teoria della “CEDU come limitazione di sovranità ai sensi dell’art. 11 Cost.”	165
2.1.2. La dottrina internazionalista della Corte di Strasburgo della “CEDU come fonte sovraordinata alle Costituzioni nazionali”	168
2.2. Paradigmi riconducibili alla teoria dell’interpretazione: la dottrina della “CEDU come parametro interpretativo in quanto fonte di cognizione dei diritti inviolabili tutelati dall’art. 2 Cost.”	169
2.2.1. La teoria dell’ordine “intercostituzionale” di Antonio Ruggeri e altre teorie ultrapositive a essa similari	171
3. L’integrazione ordinamentale in materia penale nella prassi della giurisprudenza costituzionale. Termini del problema e struttura dell’analisi	174

3.1. L'integrazione totale e problematica del contenuto dei corrispondenti diritti costituzionali e convenzionali connessi al principio di legalità penale	174
3.2. L'integrazione parziale e più problematica del principio del <i>ne bis in idem</i>	180
3.3. La mancata integrazione delle nozioni di materia penale	187
3.4. Osservazioni conclusive sui tre livelli di integrazione riscontrabili nella prassi della giurisprudenza costituzionale	190
4. <i>Segue</i> : Confronto della prassi giurisprudenziale con i diversi paradigmi di ricostruzione dei rapporti interordinamentali. Ragioni per la formalizzazione di un nuovo paradigma fondato sull'art. 117 Cost. e l'art. 11 Cost. o, preferibilmente, l'art. 2 Cost.	192
5. La nozione costituzionale di materia penale nel sistema di legalità integrata: ragioni per la sua autonomia e unitarietà	196
 ANNESSE 2. Tavola sinottica di confronto tra paradigmi sui rapporti interordinamentali e gradi di integrazione riscontrabili nell'ultima giurisprudenza costituzionale in materia penale	 199

CONCLUSIONE

PER UNA DOTTRINA UNITARIA DEL POTERE PUNITIVO COSTITUZIONALMENTE FONDATA.

ELEMENTI FONDAMENTALI E POSSIBILI SVILUPPI

1. Premessa	200
2. Costruzione di una definizione costituzionalmente fondata di pena come <i>modalità qualificata di limitazione dei diritti fondamentali</i>	203
2.1. La pena <i>come limitazione dei diritti fondamentali</i>	204
2.2. La pena come limitazione dei diritti fondamentali <i>con finalità punitiva</i> . Distinzione teleologica rispetto a misure aventi altre finalità	205
2.3. <i>Segue</i> : Connessione della definizione e, quindi, dell'applicazione della Costituzione penale a una scelta discrezionale del legislatore. La Costituzione penale come <i>modello costituzionale di disciplina della punizione</i>	208
2.4. La pena come strumento <i>ordinario ma non esclusivo</i> di punizione legale. Distinzione istituzionale rispetto alle pene disciplinari e limiti al loro utilizzo nello Stato costituzionale	209
3. Discussione dei principali corollari dell'adozione di un approccio interpretativo nella materia penale costituzionalmente fondato, sostanzialista e <i>rights-based</i>	212
3.1. Legalità come necessità di una base legale adeguata. Concezione della riserva di legge prevista dall'art. 25 Cost. come riserva a intensità variabile	212

3.1.1. Connessione tra adeguatezza della base legale e necessario carattere sostanzialmente giurisdizionale dell'applicazione o revisione della pena	214
3.2. Offensività come necessaria giustificabilità costituzionale della pena sotto il profilo oggettivo. Proporzionalità intrinseca delle pene	215
3.2.1. Opportunità del ripensamento della posizione tradizionale in materia di obblighi costituzionali di tutela penale e interpretazione estensiva della norma penale	219
3.3. Colpevolezza come necessaria giustificabilità costituzionale della pena sotto il profilo soggettivo	221
3.3.1. Incostituzionalità della responsabilità solidale prevista in materia sanzionatoria amministrativa	223
3.3.2. Necessità costituzionale di assicurare la personalità della pena nel senso positivo di garanzia dell'effettiva collocazione delle sue conseguenze negative sul colpevole ...	225
3.4. Proporzionalità estrinseca delle pene. La qualificazione legislativa come limite tendenziale al sindacato intersistemico sulla dosimetria della pena	226
3.5. Proporzionalità alle condizioni materiali del soggetto punito. Pena pecuniaria e discriminazione socio-economica	229
3.6. Sintesi della definizione e dei caratteri costituzionali della pena	233
4. Discussione delle possibili problematiche di sistema connesse all'adozione di una nozione costituzionale unitaria di materia penale	234
4.1. Il diritto processuale penale costituzionale: la possibilità di interpretare le garanzie processuali in funzione servente della tutela dei diritti garantiti da riserve di giurisdizione	234
4.2. La potestà punitiva regionale: i possibili modi di flessibilizzare la clausola di competenza statale in materia di ordinamento penale	237
5. Stato costituzionale e forma di governo del problema penale: fondamento e limiti costituzionali dell'idea di democrazia penale nel sistema di legalità integrata	240
 RIEPILOGO DELLE TESI SOSTENUTE	 246
 BIBLIOGRAFIA	 252
 TAVOLA DEI CASI	 283

Premessa

La letteratura costituzionalistica italiana si è da tempo disinteressata della questione generale del fondamento e dei limiti del potere di punire dello Stato.

Nella logica contemporanea della parcellizzazione del sapere giuridico e dell'iperspecializzazione disciplinare, lo studio della punizione legale spetta per comune opinione ai penalisti e, quando è inflitta al di fuori del processo, agli amministrativisti, mentre il contributo che può essere apportato dai costituzionalisti al dibattito sulla pena si considera generalmente limitato all'approfondimento di singoli principi costituzionali o di specifiche questioni di giustizia costituzionale, come in effetti è stato nel corso dell'ultimo secolo di dottrina. Eppure il potere punitivo, in quanto prima e fondamentale espressione del rapporto tra autorità e individuo che si dà in una determinata società, era in origine e dovrebbe ritornare una questione centrale della riflessione costituzionale.

Questa ricerca dottorale mira in primo luogo a colmare questa lacuna nella letteratura disciplinare, riallacciando il dibattito penalistico e amministrativistico sulla sanzione punitiva a quello costituzionalistico.

Il titolo della tesi fa inoltre riferimento al concetto di "sistema di legalità integrata" per indicare che la prospettiva di analisi adottata non si limita alla tradizionale dimensione nazionale.

È ormai un dato di comune esperienza, d'altronde, che il funzionamento del sistema costituzionale interno sia sempre più influenzato dal diritto sovranazionale e, nella materia penale, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in particolare. La stessa scienza costituzionale europea contemporanea e le categorie attraverso cui essa cerca di ordinare il fenomeno giuridico appaiono ormai significativamente "integrate" con il discorso sui diritti umani e le sue categorie. Una ricerca costituzionale sul potere che più di tutti incide sui diritti e le libertà fondamentali degli individui non può perciò tralasciare gli apporti che da tale discorso derivano per la scienza giuridica e le nuove prospettive che esso è in grado di aprire per il diritto costituzionale.

L'una e l'altra circostanza impongono pertanto a chi si approcci oggi al problema penale dal punto di vista del diritto costituzionale di impegnarsi, prima di tutto, nella *costruzione di una prospettiva di analisi costituzionalistica* che possa essere potenzialmente feconda per il progresso della ricerca giuridica, la quale cioè, da un lato, sia autonoma da quella tradizionale della teoria del diritto penale (e del diritto amministrativo sanzionatorio) e, dall'altro, sia capace di integrarsi con le teorie sviluppate nell'ambito del cosiddetto costituzionalismo oltre lo Stato.

A tal fine, il lavoro si compone di un'Introduzione, due Parti e una Conclusione.

Nell'Introduzione è anzitutto ricostruito lo stato dell'arte sull'oggetto della ricerca per individuare i termini in cui si presenta attualmente il problema del potere punitivo

come questione costituzionale e, dunque, per definire la metodologia più adeguata ad affrontarlo.

La Parte I contestualizza quindi la questione nel più ampio contesto di una storia dell'idea costituzionale di punizione a partire dalla filosofia costituzionale classica fino ai diversi approcci interpretativi al diritto costituzionale positivo sviluppati durante il XX secolo, sia a livello nazionale sia sovranazionale. Questa prima Parte del lavoro ha due funzioni principali: su un piano descrittivo, mira a ricostruire gli elementi caratteristici di ciascun approccio interpretativo, evidenziare le conseguenze ordinamentali della sua adozione e metterne in luce i presupposti valoriali; su quello normativo, cerca di argomentare quale approccio dovrebbe essere ritenuto preferibile in una prospettiva costituzionalistica.

La Parte II affronta invece la questione dell'integrazione tra sistema costituzionale italiano e sistema convenzionale al fine di stabilire se, e in che misura, il punto di vista del diritto costituzionale possa essere integrato con quello del diritto europeo dei diritti dell'uomo. Anche se l'analisi si concentra specificamente sulla materia penale, questa seconda Parte del lavoro prova, cioè, a offrire un contributo allo studio della questione più generale se l'interprete che intenda mantenere fede al metodo giuridico positivista possa, debba o non debba tener conto del diritto sovranazionale EDU nell'interpretare la Costituzione italiana ed entro quali limiti.

Nella Conclusione, infine, è affrontato direttamente il tema oggetto della ricerca nella particolare prospettiva costruita nelle due precedenti parti del lavoro e sono tracciate le linee fondamentali di una possibile dottrina costituzionale aggiornata sul potere punitivo.

L'obiettivo finale della mia ricerca dottorale è insomma quello di offrire un contributo alla definizione dei presupposti teorici per un *nuovo approccio costituzionalistico alla questione della punizione* e di svilupparne gli elementi essenziali. In altre parole, il mio scopo non è né quello di elaborare una teoria costituzionale comprensiva della pena da sostituire a quella tradizionalmente discussa nell'ambito della teoria del diritto penale né, tantomeno, di presentare una rassegna aggiornata del diritto costituzionale e sovranazionale vivente su tutte le questioni specifiche relative al potere di punire, ma piuttosto di approfondire la struttura fondamentale che dovrebbe caratterizzare, oggi, un discorso costituzionale sul problema penale.

Questo significa, in definitiva, tentare di condurre – dal punto di vista partigiano della scienza costituzionale – una riflessione sistematica sul fondamento e sui termini di giustificabilità della punizione legale nelle contemporanee società democratiche europee, su come la forma di governo del problema penale si strutturi nello Stato costituzionale e sui limiti all'esercizio del potere pubblico di punire che comporta una garanzia effettiva dei valori fondamentali del costituzionalismo, individuali e collettivi.

IL POTERE PUNITIVO COME QUESTIONE COSTITUZIONALE OGGI.
STATO DELL'ARTE E DEFINIZIONE DELLA DOMANDA DI RICERCA

SOMMARIO. 1. La trasformazione della Costituzione penale in corso sotto l'influenza europea. – 2. Analisi dei nuovi orientamenti della giurisprudenza costituzionale sull'ambito di applicazione delle garanzie penalistiche. – 2.1. L'abbandono dell'interpretazione consolidata dell'art. 25 Cost. quale norma applicabile solo al reato. – 2.2. La relativizzazione della presunzione di maggiore afflittività della sanzione formalmente penale. – 2.3. L'applicazione del principio di legalità costituzionale della pena a tutte le sanzioni punitive. – 2.4. Sintesi dello statuto costituzionale della punizione emergente dall'ultima giurisprudenza della Corte costituzionale. – 3. Ricostruzione e critica delle posizioni dottrinali sui nuovi orientamenti del giudice costituzionale – 3.1. Il rapporto tra ambiti di applicazione di garanzie costituzionali e corrispondenti garanzie convenzionali (ossia: sul tipo e grado di integrazione tra sistema costituzionale e sistema EDU). – 3.1.1. La tesi dell'autonomia. – 3.1.2. La tesi dell'integrazione. – 3.1.3. *Segue*: Critica delle due tesi rispetto ai risultati dell'analisi dei casi. 3.2. La necessità di differenziare la nozione costituzionale di materia penale in ragione della specifica garanzia da applicare (ossia: sul grado di unitarietà della nozione costituzionale di materia penale). – 3.2.1. La tesi della nozione differenziata “a geometrie variabili”. – 3.2.2. La tesi della nozione unitaria ma di grado. – 4. Definizione della domanda di ricerca e delle sue linee di sviluppo.

1. *La trasformazione della Costituzione penale in corso sotto l'influenza europea*

Nell'ultimo decennio è iniziato un nuovo corso nella giurisprudenza costituzionale in materia penale che per la dottrina ha determinato un «salto culturale» della nostra tradizione giuridica¹. La trasformazione² della Costituzione penale³ che esso ha avviato è invero radicale.

¹ F. PALAZZO e F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2018, 60-61.

² Sul concetto di trasformazione costituzionale in generale e, in particolare, sul processo storico di trasformazione della Costituzione repubblicana entro cui, io credo, debba collocarsi anche la questione oggetto della presente ricerca dottorale v. M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2013, *passim*, nonché *funditus* ID., *Costituzionalismo*, Roma, Carrocci editore, 2018, 75-79 e ID., *Passato, presente e futuro dello stato costituzionale odierno*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, 41. Sul collegamento tra i fenomeni di trasformazione costituzionale e l'attività dei giudici *cf.* più specificamente M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2014, *passim* e in part. 301-302. Sui limiti costituzionali del suddetto processo storico v. A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, Giuffrè, 2015, 263-358, spec. par. 26.

³ Nel corso del lavoro utilizzo l'espressione “Costituzione penale” per riferirmi all'insieme dei principi e delle regole di diritto costituzionale che riguardano il diritto penale. Quest'espressione, già attestata nell'attuale dibattito specialistico, anche in riferimento ad altri ambiti materiali (come, ad esempio, la “Costituzione economica”), si deve a M. SPASARI, *Cinquant'anni dopo: la Costituzione penale inascoltata*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2000, 551-526.

L'orizzonte teorico di riflessione entro cui propongo di concettualizzare il cambiamento in corso nell'ambito di questa ricerca dottorale è quello del cosiddetto *approccio costituzionalistico al problema penale* (o costituzionalismo penale), ossia l'idea che, nell'attuale contesto ordinamentale e istituzionale, il progresso del pensiero giuridico in materia penale non possa che passare per una valorizzazione della sua dimensione costituzionale⁴.

Nel secolo scorso quest'idea fortunata si è realizzata nella graduale definizione del «volto costituzionale della sanzione penale»⁵ e, in seguito, nella sua progressiva attuazione attraverso un sindacato di costituzionalità delle leggi penali sempre più penetrante⁶. Oggi la medesima idea è alla base di una nuova trasformazione ordinamentale che riguarda la stessa concezione di cosa sia – o, meglio, di cosa debba considerarsi – “penale” ai fini dell'applicazione delle garanzie costituzionali.

La conferma che questa trasformazione comporti un vero e proprio “salto culturale” è data dal fatto che fino a non molto tempo fa una domanda come questa sarebbe apparsa alla maggior parte degli studiosi priva di senso o, quanto meno, molto scontata. È stato infatti a lungo incontestato che le garanzie previste dagli artt. 25 e 27 Cost. non potessero che riguardare i soli casi qualificati dal legislatore come casi di responsabilità penale⁷. Questo assunto fondamentale del modo tradizionale di interpretare la Costituzione è invece oggi rimesso in discussione da un processo di progressiva estensione delle garanzie penalistiche a fattispecie di illecito che, pur non essendo qualificate come *formalmente* penali dal legislatore, appaiono al giudice costituzionale penali *nella sostanza* a causa del loro carattere punitivo-afflittivo.

Il modello di riferimento di questo nuovo corso è la giurisprudenza consolidata della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. A partire dal caso *Engel*, difatti, la Corte EDU ha sistematicamente affermato che ai fini dell'applicazione del diritto convenzionale

⁴ Per tutti, sul punto, *cf.* F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 7-93, spec. 12, 21-24 e 92-93. Sui limiti di un approccio costituzionalistico al diritto penale e sulle sue future linee di sviluppo v. M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Il Foro italiano*, 2, 2001, 29-46.

⁵ Si tratta di un'espressione di matrice dottrinale utilizzata per la prima volta in Corte cost., sent. n. 50 del 1980 e divenuta poi frequente nella giurisprudenza costituzionale più recente (*cf.* Corte cost., sentt. nn. 236 del 2016, 142 del 2017, 179 del 2017, 222 del 2018, 88 del 2019, 185 del 2021, 232 del 2021). In letteratura l'espressione è stata utilizzata anche in riferimento alla questione della pena per indicare, in generale, l'adozione da parte dell'autore di un approccio costituzionalistico al tema (*cf.* A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, 1-18).

⁶ Nella letteratura costituzionalistica sul punto, in generale, v. da ultimo O. PINI, *Norma penale e Corte costituzionale. Processi normativi e itinerari interpretativi tra legislatore e giudice delle leggi*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, *passim* e in part. 20 ss. e 338. Sul superamento della c.d. dottrina delle rime obbligate, avvenuto proprio in materia penale, v. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorso di riaccostamento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020, 101 ss.

⁷ Sull'ispirazione legalista dell'approccio tradizionale v. F. PALAZZO e F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2018, 61 ss. Un'eccezione significativa a tale approccio è stata rappresentata dall'argomento della c.d. “truffa delle etichette”, introdotto nel dibattito italiano da L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, Giuffrè, 1962 e in seguito richiamato anche in riferimento al tema dell'applicabilità delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative (*cf.* per tutti, nella sostanza, P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1, 1968, 60 ss.), ma sempre rimasto essenzialmente privo di conseguenze pratiche.

dovesse essere riconosciuto al concetto di “penale” un significato *autonomo* da quello di diritto nazionale, e ciò al fine di evitare che l’operatività delle garanzie convenzionali del *Right to a fair trial* (art. 6 CEDU) e del *No punishment without law* (art. 7 CEDU) risultasse in concreto subordinata alla volontà sovrana degli Stati⁸. Sulla base di questo argomento, riconducibile alla logica ermeneutica del *magis ut valeat*⁹, la Corte EDU connette dunque l’operatività delle garanzie convenzionali a un accertamento casistico dalla natura *sostanziale* della sanzione, per la determinazione della quale la qualificazione formale da parte del legislatore nazionale «*provides no more than a starting point*»¹⁰. In particolare, l’accertamento della natura penale di una sanzione ai fini dell’applicazione del diritto convenzionale avviene in base ad alcuni criteri elaborati dalla giurisprudenza EDU a partire dalla pronuncia citata e che, per questo, hanno preso il nome di criteri *Engel*¹¹.

L’obbligo di dare applicazione a questa giurisprudenza sovranazionale¹² – che allo stato rileva per l’ordinamento interno quale fonte sub-costituzionale nei modi indicati dalle note sentt. 348 e 349 del 2007¹³ e nei limiti successivamente enucleati dalla Corte

⁸ *Engel and others v. The Netherlands* [P] (1976) §81. Per l’art. 7 CEDU il *leading case* è generalmente considerato *Welch v. United Kingdoms* (1995) §27-28. Sul tema, in generale, cfr. D. HARRIS, M. O’BOYLE, E. BATES e C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 376 ss. e V. MANES e M. CAIANIELLO, *Introduzione al Diritto penale europeo. Fonti, metodi istituti, casi*, Torino, G. Giappichelli, 2020, 171 ss.

⁹ La riconducibilità a questa logica delle nozioni autonome EDU, tra cui, appunto, anche quella di “materia penale”, è chiara se solo si considera che esse sono funzionali a garantire un *effetto utile* alla Convenzione e, cioè, a garantirne la normatività. Sul *magis ut valeat* quale canone fondamentale di interpretazione costituzionale cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1962, 11. Questo canone è peraltro fondativo per l’approccio costituzionalistico alla materia penale (sul punto v. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 8).

¹⁰ *Engel and others v. The Netherlands* [P] (1976) §82.

¹¹ «82. [...] [I]t is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States [...] The very nature of the offence is a factor of greater import. [...] However, supervision by the Court does not stop there. Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. In a society subscribing to the rule of law, there belong to the ‘criminal’ sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental. [...] 83. It is on the basis of these criteria that the Court will ascertain whether some or all of the applicants were the subject of a “criminal charge” within the meaning of Article 6 § 1» (*Engel and others v. The Netherlands* [P] (1976) §§82-83).

¹² Utilizzo consapevolmente un termine che parte della letteratura italiana riferisce ancora al solo diritto UE, ma che nella sua accezione funzionalista comprende anche il diritto EDU per tutte le ragioni presentate, da ultimo, in C. MARTI, *Framing a Convention Community. Supranational Aspects of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021; ma sul punto v. già L.R. HELFER e A.M. SLAUGHTER, *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*, in *The Yale Law Journal*, 2, 1997, 273-391. Tra gli studiosi italiani, erano già giunti alla stessa conclusione sulla base di un ampio studio comparato G. MARTINICO e O. POLLICINO, *The Interaction between Europe’s Legal Systems. Judicial dialogue and the creation of supranational laws*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2012. Sul tema ritornerò comunque specificamente nella Conclusione.

¹³ Corte cost., sent. nn. 348 e 349 del 2007, su cui, nell’ambito di una letteratura molto ampia che esaminerò dettagliatamente nella Parte II, v. intanto, per tutti, T.F. GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi*

costituzionale¹⁴ – ha generato, come prima conseguenza, un'intensificazione del sindacato costituzionale sulla disciplina relativa a sanzioni formalmente qualificate dal legislatore come amministrative, ma ritenute dalla Corte costituzionale sostanzialmente paragonabili a sanzioni penali.

In questa materia, al modello originario caratterizzato dalla vincolatività, per così dire, *a tutti i fini* della qualificazione legislativa, anche la giurisprudenza costituzionale va dunque sostituendo un modello alternativo, in cui il valore della qualificazione legislativa è attenuato e la Corte esercita un proprio, autonomo, potere di qualificazione della sanzione *ai limitati fini* dell'applicazione della Costituzione. Siccome le sanzioni amministrative non sono le uniche sanzioni previste dall'ordinamento paragonabili a quelle penali quanto a funzione punitiva e grado di afflittività¹⁵, questo nuovo modello interpretativo appare, peraltro, potenzialmente generalizzabile a qualsiasi esercizio di potere pubblico punitivo.

In definitiva, il processo di trasformazione della Costituzione penale in corso riafferma la vitalità dell'idea alla base dell'approccio costituzionalistico al problema penale e sollecita un supplemento di riflessione dottrinale su due suoi elementi centrali in un contesto ordinamentale e istituzionale mutato: primo, la possibilità di sostituire al concetto di «volto costituzionale della sanzione penale» quello più generale di «statuto costituzionale della punizione»; secondo, le conseguenze di una simile nozione in termini di redistribuzione di potere pubblico tra istituzioni di governo e istituzioni di garanzia, nazionali e, oggi, anche sovranazionali¹⁶. Siccome nel complesso questi due elementi

internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale? e D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, entrambi in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2007. Per un'analisi delle due pronunce nel contesto dello sviluppo della riflessione dottrinale e della giurisprudenza costituzionale sul valore interno del diritto EDU v. *funditus* sempre D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra corti nazionali e corte europea di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2012, 64 ss.

¹⁴ Mi riferisco in particolare al limite introdotto da Corte cost., sent. n. 49 del 2015 sulla vincolatività del solo «diritto [EDU] consolidato». Nonostante la Corte EDU in *G.I.E.M. s.r.l. and others v. Italy* [GC] (2018) abbia chiarito che «its judgments all have the same legal value» (§252), tale limite è stato ribadito nuovamente, da ultimo, in Corte cost., sent. n. 66 del 2019, cons. dir. 9, nei seguenti termini: «la giurisprudenza della Corte europea [...] per assumere rilievo ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. deve risultare consolidata».

¹⁵ Penso, in particolare, alle sanzioni pecuniarie civili introdotte dal d.lgs. n. 7 del 2016 per le fattispecie ivi elencate all'art. 4 (tra cui, ad esempio, l'ingiuria e il danneggiamento) su cui v. R. GUERRINI, *Il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7. I nuovi illeciti civili tipizzati e le relative sanzioni*, in G.M. BACCARI, C. BONZANO, K. LA REGIONA, E.M. MANCUSO (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, 3-38 e spec. 31 ss., nonché al modello dei cc.dd. *punitive damages* di tradizione anglosassone, sulla cui circolazione v. di recente C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, spec. 99 ss. ma già M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 1985, 201 ss. Sull'estensibilità delle garanzie penalistiche anche a questo tipo di illeciti punitivi v. già R. BARTOLI, *Cifra essenziale, statuto costituzionale e ruolo dell'illecito punitivo*, in F. CONSULICH, M. MIRAGLIA e A. PECCIOLI (a cura di), *Alternative al processo penale? Tra deflazione, depenalizzazione, diversione e prevenzione*, Torino, G. Giappichelli, 2019, 20 ss., nonché già A. GARGANI, voce *Illecito civile punitivo*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali X, Milano, Giuffrè, 2017, 492.

¹⁶ Utilizzo nel testo le categorie, immediatamente comprensibili, della teoria della separazione dei poteri rivisitata per lo Stato costituzionale da L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Bari, Editori Laterza, 2021, 160-163 (ma sul punto, in precedenza, v. già A.

concorrono a plasmare il fondamento e i limiti della politica criminale, intesa quale funzione fondamentale dello Stato, il paradigma della “trasformazione costituzionale” mi sembra particolarmente adeguato per riferirsi, in termini generali, a una loro sostanziale evoluzione.

La mia ricerca dottorale si propone di analizzare cause e conseguenze ordinamentali di questo processo di trasformazione.

Il primo capitolo è dedicato alla ricostruzione dello stato dell’arte e alla definizione delle linee di sviluppo della ricerca. Il paragrafo 2 contiene un’analisi della giurisprudenza costituzionale in cui il mutamento descritto si è sinora sostanziato. Il paragrafo 3 confronta i risultati di questa prima analisi con la letteratura scientifica già comparsa al riguardo. A partire dai risultati di queste ricognizioni preliminari, nel paragrafo 4 definirò infine la mia ipotesi di ricerca e il modo in cui intendo sviluppare il lavoro per avvalorarla.

2. Analisi dei nuovi orientamenti della giurisprudenza costituzionale sull’ambito di applicazione delle garanzie penalistiche

Il mutamento giurisprudenziale in corso ha per ora riguardato, come anticipato, soprattutto la disciplina costituzionale delle sanzioni amministrative.

In questa materia la giurisprudenza della Corte è stata a lungo ispirata a un criterio di massima secondo cui «tra le due categorie di illeciti[, penali e amministrativi,] esistono sostanziali diversità [...] sul piano costituzionale»¹⁷; in particolare, gli «art. 25, secondo comma e art. 27 della Costituzione [...] disciplinano le sanzioni penali, mentre gli artt. 23 e 97 disciplinano la potestà sanzionatoria amministrativa»¹⁸.

A parte un primissimo caso di segno apparentemente contrario¹⁹, per circa cinquant’anni la giurisprudenza costituzionale ha difatti costantemente ritenuto l’art. 25

BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in ID. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Urbino, Editori Laterza, 1997, 20). Sulla contemporanea tendenza delle istituzioni di garanzia a sconfinare nel politico v. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 251-290 nonché sulle conseguenze in termini di metodo costituzionalistico che tale tendenza rende oggi necessarie ID., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi*, 12, 2021, 170-212.

¹⁷ Corte cost., ord. n. 421 del 1987.

¹⁸ Corte cost., ord. n. 159 del 1994.

¹⁹ Corte cost., sent. n. 78 del 1967 in materia di perdita di trattamenti di quiescenza a seguito di sanzioni disciplinari, rispetto a cui la Corte afferma che «la rimessione della perdita del trattamento in esame a un latissimo potere amministrativo discrezionale del quale la legge non specifica in alcun modo i limiti [viola] una regola di riserva di legge: venendo in questione la comminazione di una sanzione ulteriore rispetto a quella della destituzione o della perdita del grado, deve avere infatti applicazione il principio della legalità della pena, ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall’art. 25, secondo comma, della Costituzione, in base al quale è necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire». Nonostante questa sentenza sia in genere indicata dagli studi in materia come una precorritrice del nuovo orientamento, a me sembra che nella sostanza l’art. 25 sia qui richiamato soprattutto per censurare la “assoluta mancanza di limiti al potere amministrativo discrezionale” e, dunque, anticipando più gli sviluppi in punto di principio di legalità sostanziale dell’azione dell’Amministrazione (su cui poi *cfr.* per tutte Corte cost., sent. n. 115 del 2011) che non l’applicazione del principio del *nullum crimen nulla poena sine lege* alle sanzioni amministrative.

Cost. applicabile unicamente alle sanzioni qualificate come penali dal legislatore²⁰, escludendo che nel suo ambito di applicazione potessero ricadere sanzioni tributarie²¹, disciplinari²² ed amministrative in genere²³ e, dunque, che anche per tali sanzioni valessero i principi costituzionali di irretroattività, tassatività e determinatezza, riserva di legge assoluta e offensività-materialità. Analogamente è avvenuto per l'art. 27 Cost. e i suoi corollari (principi di personalità, colpevolezza e finalità rieducativa della pena)²⁴.

Quest'impostazione consolidata nella giurisprudenza della Corte ha sostenuto ed è stata sostenuta da un'opinione dottrinale largamente maggioritaria secondo la quale l'illecito amministrativo, in ragione, rispettivamente, di differenze teleologiche e di disciplina, costituirebbe una «figura strutturalmente ben distinta [da porre] sullo stesso piano delle altre due, più consolidate, figure principali di illecito: il reato e il torto civile[, con le quali,] in forza della riconosciuta sua autonomia[, condivide la] dignità di 'categoria'»²⁵. In questa prospettiva, l'applicazione degli artt. 25 e 27 Cost. alle sanzioni amministrative, sostenuta solo da dottrine rimaste minoritarie²⁶, avrebbe infatti

²⁰ Danno conto di questo orientamento consolidato, tra gli studi monografici più recenti in materia, anche O. PINI, *Norma penale e Corte costituzionale. Processi normativi e itinerari interpretativi tra legislatore e giudice delle leggi*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, 60 e spec. nota n. 113; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 7 ss.; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, G. Giappichelli, 2017, 106 ss.; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 216 ss. Un diretto riferimento al valore della qualificazione legislativa della sanzione, ancorché non necessariamente preclusivo di un giudizio di tipo sostanziale quale quello effettuato dalla Corte EDU, si trova già in Corte cost., sent. n. 68 del 1963.

²¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 59 del 1959, cons. dir. 10.

²² Cfr. Corte cost., sent. n. 100 del 1981, cons. dir. 3; ord. n. 541 del 1988; sent. n. 356 del 1995, cons. dir. 4.

²³ Cfr., oltre quelle già citate *supra*, Corte cost., sentt. nn. 68 del 1984, cons. dir. 2; 447 del 1988, cons. dir. 4; ordd. nn. 250 del 1992 e 150 del 2002.

²⁴ Cfr., *ex multis*, sentt. n. 29 del 1961 e, di recente, 281 del 2013, cons. dir. 2.1; ordd. nn. 420, 421, 502 del 1987, 541 del 1988, 159 del 1994, 33 del 2001, 319 del 2002, 434 del 2007 e 125 del 2008.

²⁵ C.E. PALIERO e A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Milano, Giuffrè, 1989, 412-413.

²⁶ Nonostante il consolidamento di un orientamento della giurisprudenza costituzionale opposto hanno continuato a sostenere l'applicazione dell'art. 25 Cost. alle sanzioni amministrative E. CANNADA-BARTOLI, voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, 126-127; G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982, 1039 ss.; M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia* (1983), Bologna, Il Mulino, 1995, 81 ss. e 178 e M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, Jovene, 1983, 72 ss. in ragione dell'unitarietà funzionale del fenomeno sanzionatorio, su cui già, in generale, P. NUVOLONE, voce *Pena (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 787-788 (e, prima, ID., *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1, 1968, 63); per l'art. 27 Cost. espressamente solo M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia* (1983), Bologna, Il Mulino, 1995, 86 ss. Per riferimenti bibliografici precisi ai molti autori (penalisti e amministrativisti, tra cui BRICOLA, PALAZZO e CORSO) che nel dibattito del tempo sostenevano la dottrina maggioritaria si rinvia invece a C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 1988, 136-137 e spec. note nn. 6, 10 e 12. Tra i costituzionalisti in senso sostanzialmente conforme v. C. ESPOSITO, *Irretroattività e «legalità» delle pene*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, CEDAM, 1954, 88-89 (ma cfr. in part. nota n. 4 per una distinzione tra sanzioni amministrative aventi e non aventi fondamento nella soggezione generale) e nello stesso senso, in seguito, V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 2, 1995, 227-253. Un'attestazione del carattere prevalente

comportato la rottura della dogmatica mediante l'«[assorbimento delle sanzioni amministrative] nel sistema penale (vuoi come branca autonoma, vuoi come 'subsistema')»²⁷.

Sul piano più propriamente costituzionale, quello che per la dottrina maggioritaria del secolo scorso avrebbe differenziato l'illecito penale da quello amministrativo è l'incidenza, almeno potenziale, della sanzione penale sulla libertà personale²⁸. Questo argomento – che si fonda, in sostanza, su un giudizio di intrinseca maggiore afflittività della sanzione penale rispetto alla sanzione amministrativa in ragione del bene giuridico su cui la pena potenzialmente incide – sarebbe difatti parte della stessa *ratio* della degli artt. 25 e 27 Cost.²⁹ e, di conseguenza, la loro applicazione a sanzioni diverse da quelle

dell'impostazione contraria all'applicazione degli artt. 25 e 27 Cost. alle sanzioni amministrative si trova in L. GIAMPAOLINO, *La depenalizzazione e l'illecito amministrativo*, in *Il Foro italiano*, 1982, 246 e, prima, già in G. MOR, *Le sanzioni disciplinare ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, Giuffrè, 1970, 42 ss. nonché nota n. 5.

²⁷ C.E. PALIERO e A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Milano, Giuffrè, 1989, 413. Al riguardo, è interessante notare che dal risultato di un ampio progetto di comparazione è emerso che l'ordinamento italiano si caratterizzava tra gli ordinamenti europei per un «*low degree of functional differentiation and a high degree of formal differentiation*», vale a dire un «*degree of differentiation between punitive administrative sanctions and criminal sanctions [...] quite high, possibly the highest in terms of formal-rational distinction*» ma «*much smaller from the substantive viewpoint*» (C.E. PALIERO, *The definition of administrative sanctions – general report* in O. JANSEN (a cura di), *Administrative Sanctions in the European Union*, Cambridge, Intersentia, 2013, 11-12).

²⁸ In disparte da alcuni argomenti originalisti relativi ai lavori preparatori della Costituente, è essenzialmente questo, se ho beninteso, il dato su cui si basa l'argomentazione costituzionale di C.E. PALIERO e A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Milano, Giuffrè, 1989, 372. Sul punto, nel contesto di un'esposizione di tutte le impostazioni alternative e con l'accostamento dell'*argumentum libertatis* al criterio del c.d. stigma criminale, v. *funditus* ID., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 1988, 17 ss. Questo criterio di delimitazione è invero invalso nella letteratura tanto che, di recente, esso è stato presentato come una vera e propria nozione comune da O. PINI, *Norma penale e Corte costituzionale. Processi normativi e itinerari interpretativi tra legislatore e giudice delle leggi*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, 10 («il diritto penale è innanzitutto quel diritto caratterizzato dall'imposizione, appunto, di una pena, sanzione per eccellenza incidente sulla libertà dell'individuo»). Tornerò sul punto nella Parte I, ma mi preme sin d'ora sottolineare che quest'idea, più dogmatica che costituzionalmente necessitata, si basa sull'astrazione di caratteri propri di sistemi penali storici, non mancando, nella riflessione filosofica moderna e contemporanea, prospettive riformistiche non utopiche caratterizzate da una progressiva sostituzione di pene limitative della libertà personale con pene privative o restrittive di altri diritti, tra cui v., per esempio, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari, Editori Laterza, 2000, 233 ss. e 417-419 o anche F. PALAZZO e F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2018, 190 ss.

²⁹ C.E. PALIERO e A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Milano, Giuffrè, 1989, 372 e 379 sull'art. 25 Cost. (con citazioni, fondamentalmente, a G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1976, 508 ss.; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, Giuffrè, 1962, 22 ss.; F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitati alla fine degli anni '70*, in *La questione criminale*, 1980, 179 ss.) e 377 sull'art. 27 Cost. (dove si afferma che «la "funzione rieducativa", nella densità dei significati etico-sociali che la moderna dottrina - non solo italiana - le riconnette, non può che concernere la pena criminale», richiamando E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1979, 469-521 e, dunque, l'idea, pressoché unanime nella letteratura penalistica italiana, che l'art. 27 non possa che riferirsi al "trattamento" penitenziario e agli istituti ad esso alternativi, su cui, da ultimo, v. a conferma A. AVERARDI, *La costituzione «dimenticata». La funzione rieducativa della pena*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2021, 155 ss.).

penali ne eccederebbe lo scopo, risultando priva di una giustificazione sostanziale e sistematica.

Il processo di evoluzione della giurisprudenza costituzionale avviatosi nel secondo decennio degli anni Duemila, che ha comportato la progressiva estensione a sanzioni amministrative delle garanzie della Costituzione penale, supera tuttavia quest'impostazione tradizionale e rimette in discussione alcuni dei suoi presupposti fondamentali. A mio avviso, questo dato è reso particolarmente evidente da tre momenti fondamentali dell'evoluzione in questione: 1) l'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 25 Cost. a tutte le sanzioni di carattere punitivo-afflittivo; 2) il superamento della presunzione di maggiore afflittività della sanzione penale rispetto alla sanzione amministrativa; 3) l'affermazione di un principio di legalità costituzionale della pena riferito a qualsiasi manifestazione del potere punitivo dello Stato.

Nelle prossime pagine esaminerò analiticamente la giurisprudenza costituzionale connessa a ciascuno dei suddetti momenti e, quindi, sintetizzerò il provvisorio equilibrio su cui l'evoluzione giurisprudenziale sembra essersi per ora assestata. Nell'analisi dei casi evidenzierò soprattutto gli aspetti relativi ai due elementi che, come ho detto, caratterizzano il nuovo corso: la perdita di rilevanza della qualificazione legislativa della sanzione ai fini dell'applicazione delle garanzie penalistiche costituzionali e l'influenza della giurisprudenza europea. Proprio su questi due elementi si è del resto concentrato anche il dibattito scientifico, che ricostruirò nel paragrafo 3.

2.1. L'abbandono dell'interpretazione consolidata dell'art. 25 Cost. quale norma applicabile solo al reato

Il primo segnale di rottura con il passato è rappresentato dal superamento dell'interpretazione consolidata sull'ambito di applicazione dell'art. 25 Cost.

Al riguardo il punto di svolta è in genere individuato nell'ord. n. 97 del 2009, implicitamente, e poi, espressamente, nella sent. n. 196 del 2010, che l'opinione comune collega, più in generale, all'avvio di una più stretta commistione tra giurisprudenza EDU e giurisprudenza costituzionale in materia. In entrambe queste pronunce la Corte ha effettivamente riconosciuto che l'applicazione retroattiva di misure di confisca aventi natura di sanzione punitiva³⁰ viola non solo l'art. 117, comma 1, in relazione all'art. 7

³⁰ Così sia in Corte cost., ord. n. 97 del 2009 che in sent. n. 196 del 2010, cons. dir. 2.2.1. Le pronunce riguardano rispettivamente l'introduzione con la legge finanziaria 2008 (legge n. 244 del 2007) di una misura di confisca obbligatoria per equivalente in seguito all'accertamento di alcuni reati tributari e della confisca obbligatoria del veicolo in caso di condanna per il reato di guida in stato di ebbrezza di cui all'art. 186, comma 2, lett. c) (come modificato dal d.l. n. 92 del 2008 conv. con mod. in legge n. 125 del 2008). In nessuno dei due casi il legislatore aveva escluso espressamente l'applicabilità ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore e, anzi, nel secondo caso ne aveva disposto la retroattività richiamando espressamente l'art. 240 cod. pen. e, dunque, la regola per cui le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione (art. 200 cod. pen.).

CEDU, ma anche – e nonostante tale parametro non fosse stato evocato dai giudici *a quibus*³¹ – l’art. 25 Cost.

In particolare, la sent. n. 196 del 2010 afferma prima che – sul piano convenzionale – dall’«interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava [...] il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto» e, quindi, aggiunge che – sul piano interno – lo stesso «principio [è], 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 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»³².

In questo passaggio della motivazione sono in effetti già rintracciabili due elementi sicuramente distintivi della nuova tendenza: la volontà di dare alle garanzie penalistiche un’interpretazione più estensiva rispetto al passato³³ e l’idea che tra le diverse possibili interpretazioni di disposizioni costituzionali vada preferita quella che garantisce un livello di tutela dei diritti fondamentali almeno pari a quella garantita dalla CEDU³⁴. Tuttavia, la Corte non affronta ancora direttamente la questione del valore della qualificazione legislativa della sanzione ai fini dell’applicazione delle garanzie penalistiche perché in

³¹ La decisione di estendere il parametro sul piano argomentativo può essere spiegata, io credo, nel contesto della tendenza al ri-accentramento del giudizio sulla compatibilità delle leggi con i diritti fondamentali rilevata e descritta, ancorché in relazione alle successive vicende della doppia pregiudizialità, da D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorso di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020, 184 ss. Pur mancando in questo caso la concorrenza di rimedi giurisdizionali (almeno fintanto che l’Italia non ratificherà il Prot. 16 relativo alla possibilità per le alte giurisdizioni nazionali di richiedere un parere consultivo alla Corte EDU), la situazione di concorrenza delle tutele è difatti la medesima sul piano sostanziale.

³² Corte cost., sent. n. 196 del 2010, cons. dir. 3.1.5 (corsivo aggiunto). Il passaggio fa riferimento al concetto di “misura di sicurezza” di cui all’art. 25, comma 3, Cost. per cui, come noto, il principio di irretroattività penale non vale.

³³ L’intenzione della Corte in riferimento all’art. 25 Cost. è confermata dal successivo richiamo, non strettamente necessario ai fini della decisione e costruito sulla base di un’operazione evidente di *cherry-picking* dei proprio precedenti, al fatto di avere già in passato «affermato che, per le misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto, sussiste “l’esigenza della prefissione *ex lege* di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all’applicazione (o alla non applicazione) di esse” (sentenza n. 447 del 1988), ma anche precisato come la necessità “che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire” risulti pur sempre “ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall’art. 25, secondo comma, della Costituzione” (sentenza n. 78 del 1967)». Rilevava criticità su questo punto già A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di “sanzione”*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2010, 2323-2326. Sul senso originale di queste frasi v. peraltro *supra* nota n. 19.

³⁴ F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, G. Giappichelli, 2017, 106 parla invece, al riguardo, di «interpretazione conforme alla Convenzione della stessa Costituzione». I due concetti non sono tuttavia equivalenti e hanno diverse implicazioni quanto alla teoria delle fonti e dell’interpretazione costituzionale. Discuterò dell’impatto del nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in materia penale su questi temi nel capitolo III.

entrambi i casi le misure di confisca non sono formalmente “qualificate” dal legislatore³⁵. I dubbi di costituzionalità si risolvono dunque, in realtà, nella sola distinzione tra pena e misura di sicurezza, vale a dire entro una logica propria del diritto penale come comunemente inteso e tutta interna all’interpretazione tradizionale dell’art. 25 Cost.

In particolare, nel caso dell’ord. n. 97 del 2009, relativa a misure di confisca per equivalente in materia di reati tributari, la questione è dichiarata manifestamente infondata per erroneità del presupposto interpretativo. Un filone di pronunce della Corte di cassazione aveva già, difatti, escluso la possibilità di considerare tali casi di confisca per equivalente come misure di sicurezza a causa della loro natura «eminentemente sanzionatoria»³⁶ e, dunque, aveva già negato che si potesse procedere alla loro applicazione retroattiva. Allo stesso modo, nella motivazione della successiva sent. n. 196 del 2010, la Corte si impegna anzitutto a verificare che non sia possibile una soluzione interpretativa analoga³⁷ anche per la confisca del veicolo del guidatore in stato di ebbrezza, che il codice della strada all’epoca vigente non qualificava espressamente – a differenza di altre confische e misure accessorie previste dalla medesima normativa – come “sanzione (amministrativa)”³⁸. In questo secondo caso, tuttavia, un rinvio espresso alla disciplina codicistica delle misure di sicurezza impediva ai giudici ordinari di escludere in via interpretativa l’applicazione retroattiva della confisca e, pertanto, la Corte dichiara incostituzionale tale rinvio.

In buona sostanza però, più che estendere le garanzie previste dall’art. 25 Cost. a sanzioni qualificate dal legislatore come non penali, sia l’ord. n. 97 del 2009 sia la sent. n. 196 del 2010 ribadiscono la distinzione tra pene (intese come misure aventi finalità sanzionatorie-punitive) e misure di sicurezza (intese come misure aventi finalità di

³⁵ Come noto, la dottrina ha da tempo rilevato che la confisca costituisce un “istituto neutro”, «le finalità cui essa può essere in diretta sono diverse e assumono di volta in volta natura e funzione di pena, ovvero di misura di sicurezza o anche di misura amministrativa: al di là quindi del profilo nominalistico, “ciò che, pertanto, spetta di considerare non è una astratta e generica figura di confisca ma in concreto la confisca così come risulta da una determinata legge”». Così, da ultimo, D. FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, in *Archivio penale*, 2, 2019, 1-2. Per il ragionamento che sto svolgendo nel testo è rilevante sottolineare come il passaggio della motivazione riportato distingue, in linea con la richiamata concezione dell’autonomia delle sfere del diritto penale e del diritto amministrativo, il caso della confisca “amministrativa” dagli altri due.

³⁶ *Cfr.* Corte cost., ord. n. 97 del 2009 in cui si fa riferimento all’orientamento di legittimità secondo cui «la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all’assenza di un “rapporto di pertinenzialità” (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato e detti beni, conferiscono all’indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole, così, una natura “eminentemente sanzionatoria”».

³⁷ Corte cost., sent. n. 196 del 2010, cons. dir. 2.2.1.

³⁸ Sul punto *cfr.* anche V. MANES, *La confisca “punitiva” tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla “truffa delle etichette”*, in *Cassazione penale*, 2, 2011, 542 e spec. nota n. 25, in cui si dà conto che la Cassazione a SS.UU. ha ritenuto che con un intervento legislativo successivo alla pronuncia in esame la confisca è stata riqualificata come “sanzione accessoria amministrativa”, specificando peraltro che tale nuova qualificazione «non scalfisce – a nostro parere – la posizione della Corte costituzionale, perché nell’ottica della decisione che qui si commenta non interessa tanto la “natura in sé” della confisca in esame, quanto la “natura nella prospettiva di” talune precipe garanzie» (543) e, dunque, confermando la tesi sostenuta nel testo che la sent. n. 196 del 2010 non affronti direttamente il tema del valore della qualificazione legislativa della sanzione ai fini dell’applicazione della Costituzione.

prevenzione)³⁹. E infatti la Corte individua la *ratio* della propria decisione nella «necessità, a fronte di ogni reazione ad un fatto criminoso che il legislatore qualifichi in termini di misura di sicurezza, di [svolgere] un controllo in ordine alla sua corrispondenza non solo nominale, ma anche contenutistica, alla natura spiccatamente preventiva di detti strumenti [al] fine di impedire che risposte di segno repressivo [eludano] il principio di irretroattività valido per le pene»⁴⁰. È del tutto evidente come, nonostante una certa analogia strutturale, questa questione resti distinta da quella se misure sanzionatorie formalmente qualificate dal legislatore come amministrative possano essere considerate “pene” ai fini dell’applicazione dell’art. 25 Cost.⁴¹. A conferma di ciò, si consideri che nella successiva ord. n. 169 del 2013 ancora si legge che «l’art. 25 Cost. [...] attiene *esclusivamente* alle sanzioni penali e non anche alle sanzioni, come nella specie, amministrative»⁴².

Il vero e proprio superamento della giurisprudenza costituzionale che riteneva inapplicabile l’art. 25 Cost. a sanzioni qualificate dal legislatore come non penali è dunque più precisamente avvenuto solo con la sent. n. 104 del 2014 nella quale la Corte – richiamando sia il principio di diritto EDU per cui “tutte le misure di carattere afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina del diritto penale” sia la necessità di interpretare in linea con tale indicazione anche la Costituzione – riconosce per la prima volta espressamente che «la disposizione censurata [...] prevede la sanzione *amministrativa* anche per comportamenti posti in essere anteriormente alla sua entrata in vigore, in tal modo violando il principio di irretroattività sancito dall’art. 25 Cost.»⁴³.

Questa nuova regola, fondata sull’art. 117 e 25 Cost., per cui «il principio di irretroattività [è] valido per le pene e per le misure amministrative di carattere punitivo-afflittivo» è stata poi riaffermata nella sent. n. 276 del 2016⁴⁴ e si può dire oggi definitivamente acquisita nel diritto costituzionale vivente⁴⁵ ispirato all’idea che «al *diritto sanzionatorio amministrativo* [...] si estende [...] la fondamentale garanzia di

³⁹ L’esigenza di distinguere la finalità della confisca caso per caso ai fini di determinare la compatibilità della sua applicazione retroattiva con l’art. 25 Cost. era del resto già stata evidenziata in Corte cost., sentt. 29 del 1961 e 46 del 1964, senza che ciò avesse comportato alcuna conseguenza sull’applicazione delle medesime garanzie alle sanzioni amministrative.

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 196 del 2010, cons. dir. 3.1.3.

⁴¹ A ulteriore conferma di ciò *cf.* Corte cost., sent. n. 196 del 2010, cons. dir. 3.1, in cui la Corte afferma che «“la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica”, giacché, se il suo contenuto consiste sempre nella “privazione di beni economici”, essa “può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varia finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa”», e cioè distinguendo l’ambito penale (pena e misura di sicurezza) da quello civile e amministrativo.

⁴² Corte cost., ord. n. 169 del 2013 (corsivo aggiunto).

⁴³ Corte cost., sent. n. 104 del 2014, cons. dir. 7.2 (corsivo aggiunto). La disposizione in questione prevedeva l’applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie da euro 1800 a 6000 per esercenti attività commerciali in difetto di SCIA e da euro 800 a 3000 per la mancata comunicazione di variazioni rilevanti in violazione di SCIA.

⁴⁴ Corte cost., sent. n. 276 del 2016, cons. dir. 5.2 (corsivo aggiunto), che richiama il principio per escludere la sua applicabilità alle misure di sospensione dalla carica degli amministratori regionali e locali in caso di condanna penale per certi reati previste dal d.lgs. n. 235 del 2012.

⁴⁵ *Cfr.* Corte cost., sentt. nn. 68 e 109 del 2017, 121 e 223 del 2018, 96 del 2020, 5 e 151 del 2021.

irretroattività sancita dall'art. 25, secondo comma, Cost., interpretata *anche* alla luce delle indicazioni derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani [siccome] anche rispetto alle sanzioni amministrative a carattere punitivo si impone [...] la medesima esigenza, di cui tradizionalmente si fa carico il sistema penale in senso stretto, di non sorprendere la persona con una sanzione non prevedibile al momento della commissione del fatto»⁴⁶.

Come esplicitato da quest'ultimo passo, la giurisprudenza costituzionale a partire dal 2014 segna nel complesso un passaggio – effettuato *anche* alla luce delle indicazioni derivanti dal diritto EDU – da un modello interpretativo dell'art. 25 Cost. incentrato sul dato oggettivo della qualificazione formale della sanzione a un modello nuovo, ispirato primariamente all'esigenza soggettiva sostanziale di prevedibilità delle conseguenze sfavorevoli delle proprie azioni.

La stessa logica ha supportato, successivamente, l'estensione a tutte le sanzioni di carattere punitivo-afflittivo anche dell'ambito di applicazione del principio di determinatezza⁴⁷. Il fondamento di tale principio è, del resto, comunemente rintracciato nel medesimo art. 25, comma 2 Cost.⁴⁸ e, soprattutto, anch'esso risponde alla medesima *ratio* di «garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare *a priori* le conseguenze giuridico-penali della propria condotta»⁴⁹.

Diversamente, invece, la Corte ha negato che debba considerarsi estesa anche la regola della riserva assoluta di legge, che pure è generalmente argomentata a partire dal medesimo art. 25 Cost.⁵⁰. Al riguardo, è stato infatti affermato che «la giurisprudenza [...] in materia di limiti all'eterointegrazione del precetto penale da parte di fonti di rango secondario [...] non è [...] applicabile alle leggi regionali che prevedano *mere sanzioni amministrative*»⁵¹. Pur trattandosi, per quanto mi risulta, di un singolo precedente, questo dato in aperta controtendenza rispetto al processo di progressiva uniformazione delle garanzie costituzionali per sanzioni penali e amministrative appare significativo e non

⁴⁶ Corte cost., sent. n. 223 del 2018, cons. dir. 6.1 (corsivi aggiunti).

⁴⁷ *Cfr.* Corte cost., sent. 121 del 2018, cons. dir. 15.3, ove si legge che: «il principio di legalità, prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile e della sanzione aventi carattere punitivo-afflittivo, qualunque sia il *nomen* ad essa attribuito dall'ordinamento, del resto, non può, ormai, non considerarsi patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di “conoscere”, in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata»; nonché le successiva sentt. n. 134 del 2019, cons. dir. 3.2 e n. 145 del 2020, cons. dir. 8

⁴⁸ In dottrina v. il classico F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, CEDAM, 1979, *passim*, nonché M. D'AMICO e G. ARCONZO, *Art. 25*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, UTET, 2006, 537 e 543 ss.; nella giurisprudenza costituzionale, tra altre, sentt. nn. 247 del 1989, cons. dir. 3, 327 del 2008 e 172 del 2014, cons. dir. 3.

⁴⁹ *Cfr.* Corte cost., sent. n. 134 del 2019, cons. dir. 3.1.

⁵⁰ La necessaria estensione della riserva di legge assoluta alle sanzioni amministrative, con la prospettazione di serie conseguenze quanto alla legittimità costituzionale e funzionalità di intere discipline di settore, era il principale argomento della critica amministrativistica contro le prime tendenze espansive dell'art. 25. Sul punto v. S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 222 ss.

⁵¹ Corte cost., sent. n. 134 del 2019, cons. dir. 3.1 (corsivo aggiunto).

può essere trascurato⁵². Al riguardo, è opportuno sottolineare – nonostante la Corte non ne faccia menzione e non sia, in effetti, l'unica spiegazione possibile della sua decisione – che il principio di legalità espresso dal *No punishment without law* EDU non implica una riserva di predeterminazione della fattispecie penale a una fonte legislativa, integrando il concetto convenzionale di “law” anche fonti regolamentari e orientamenti giurisprudenziali consolidati, purché dotati di livelli adeguati di *accessibility* e *foreseeability*⁵³.

2.2. La relativizzazione della presunzione di maggiore afflittività della sanzione formalmente penale

Il secondo elemento che mette fortemente in discussione l'impostazione tradizionale è il superamento dell'idea che la sanzione penale si caratterizzi necessariamente per un grado di afflittività maggiore rispetto a tutti gli altri tipi di sanzioni e, in particolare, rispetto alla sanzione amministrativa⁵⁴.

La necessità di comparare il grado di afflittività di sanzioni penali e amministrative si è posta per la Corte costituzionale nel contesto della cosiddetta successione impropria di leggi penali⁵⁵, vale a dire la successione di una legge che prevede una sanzione formalmente non penale a una legge che prevedeva una sanzione formalmente penale.

⁵² Esso mette peraltro in luce che una riflessione sul tema, nel contesto italiano, deve necessariamente tenere conto anche della posizione delle Regioni e delle loro competenze legislative. Per i termini della questione dei limiti della potestà punitiva delle Regioni, del resto, v. già L. PALADIN, *Diritto penale e leggi regionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, 2912 ss. e, poi, G. CORSO, *Sanzioni amministrative e competenza regionale*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna*, Milano, Giuffrè, 1982, 59-86 e L. ANTONINI, *Le sanzioni amministrative regionali: profili ricostruttivi e aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 1, 1997, 31-84, nonché *funditus* C. RUGA RIVA, *Diritto penale, Regioni e territorio*, Milano, Giuffrè, 2012, 4 ss. e riferimenti dottrinali in nota n. 6. La riforma costituzionale del 2001, attribuendo una competenza esclusiva allo Stato in materia di “ordinamento penale”, ha positivizzato l'orientamento della Corte che già limitava il potere legislativo regionale alla sola possibilità di prevedere sanzioni amministrative (così sin da Corte cost., n. 21 del 1957 che fondava il monopolio statale su «di un principio generale che trova fondamento soprattutto nella particolare natura delle restrizioni della sfera giuridica che si infliggono mediante la pena. La quale incide sugli attributi e beni fondamentali della persona umana, in primo luogo sulla libertà personale; onde la necessità che tali restrizioni siano da stabilirsi in base a una generale e comune valutazione degli interessi della vita sociale, quale può essere compiuta soltanto dalla legge dello Stato [...] La competenza esclusiva dello Stato a legiferare in un campo, che attiene a quella salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo che la Costituzione afferma e pone anzi a base di tutto l'ordinamento giuridico dello Stato, trova conferma nella disposizione specifica dell'art. 25»). La giurisprudenza costituzionale non si è ancora espressa sul fatto se il nuovo orientamento possa incidere su questa impostazione.

⁵³ Cfr. M. TIMMERMAN, *Legality in Europe. On the principle nullum crimen, nulla poena sine lege in EU law and under the ECHR*, Cambridge, Intersentia, 2018, 133 ss.

⁵⁴ Identifica il passaggio come espressione di un “fondamentale mutamento di paradigma” già A. GARGANI, *Depenalizzazione e “materia penale”. La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza*, in *Criminalia*, 2018, 151.

⁵⁵ L'espressione “successione impropria” si deve a T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2 commi 2 e 3 c.p.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982, 1383. Sul tema in generale, da ultimo, v. D. BIANCHI, *Il problema della “successione impropria”: un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema del diritto punitivo?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 322-360.

Come è noto, la successione di leggi penali⁵⁶ è una vicenda normativa a cui si collegano alcune regole di rango costituzionale, quali, in particolare, il divieto di irretroattività *in malam partem* o *in peius* (direttamente discendente dalla regola generale posta dall'art. 25 Cost.⁵⁷) e l'obbligo – derogabile solo in presenza di concorrenti ragioni di rilievo costituzionale – di retroattività *in bonam partem* o *in mitius* (che trova, invece, il proprio fondamento costituzionale nell'art. 3 Cost.⁵⁸). In linea con la tendenza descritta nel paragrafo precedente e sulla scorta della giurisprudenza EDU, la Corte ha già esteso entrambe queste regole della Costituzione penale anche alla successione di leggi che prevedono sanzioni amministrative di carattere punitivo⁵⁹.

Nel contesto della successione impropria di leggi penali, invece, la Corte si è più volte trovata a dover valutare la legittimità costituzionale di disposizioni di diritto intertemporale che disponevano l'applicazione retroattiva della sanzione amministrativa successivamente introdotta. La retroattività della nuova sanzione è concettualmente connessa alla presunzione di maggiore afflittività della sanzione penale dato che la clausola che la dispone presuppone la seguente logica normativa: *i*) la depenalizzazione (nel senso comune di passaggio dalla sanzione formalmente penale ad altro tipo di sanzione⁶⁰) va assimilata alla successione di leggi penali per evitare soluzioni di continuità dell'istanza pubblica punitiva; *ii*) quindi, la legge che introduce una sanzione

⁵⁶ A livello primario la successione di leggi nel tempo è disciplinata dall'art. 2 cod. pen. che, per quanto qui rileva, prevede: «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato [...] Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo». Per i riferimenti generali alla questione sul piano costituzionale v. A. MORRONE, *Fonti normative. Concetti generali, problemi, casi*, Bologna, Il Mulino, 2022, 47 ss.

⁵⁷ L'orientamento consolidato della Corte sul punto è stato ribadito, di recente, in Corte cost., n. 236 del 2011, cons. dir. 10 («è dunque incontrovertibile che il principio de quo trovi 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. In questi termini, il principio in parola si connota, altresì, come valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali»).

⁵⁸ Così a partire da Corte cost., sentt. nn. 393 e 394 del 2006 con nota di I. PELLIZZONE, *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem: due decisioni dall'impostazione divergente*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2006.

⁵⁹ Cfr. Corte cost., n. 63 del 2019, che dichiara l'illegittimità costituzionale «dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72 del 2015, nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche apportate dal comma 3 dello stesso art. 6 alle sanzioni amministrative previste per l'illecito [di abuso di informazioni privilegiate] disciplinato dall'art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998» (cons. dir. 6). Sottolineano l'influenza decisiva della giurisprudenza EDU a partire da *Scoppola v. Italy* (2009), ripercorrendo anche precedenti in cui la Corte è stata più esitante a darne applicazione (come, in particolare, Corte cost., sent. n. 193 del 2016), M. BRANCA, *Anche per le sanzioni amministrative punitive vale il beneficio della lex mitior. Nulla di nuovo per la "doppia pregiudizialità"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2019, 841-850; C. PAONESSA, *Il fine giustifica i mezzi? Brevi osservazioni a margine della possibile retroattività favorevole delle sanzioni amministrative c.d. punitive*, *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2019, 853-856; M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, par. 4.1.

⁶⁰ Sui diversi significati del termine emersi nel dibattito del secolo scorso sulla depenalizzazione, anche in riferimento al concetto di "decriminalizzazione", v. in generale M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia* (1983), Bologna, Il Mulino, 1995, 45 ss.

amministrativa, in quanto *sempre* più favorevole al reo rispetto alla sanzione penale, deve essere applicata retroattivamente⁶¹.

La sent. n. 68 del 2017 è il primo caso ad avere avuto a oggetto una disposizione di questo tipo, che, in particolare, prevedeva l'applicazione di una misura amministrativa di confisca per equivalente anche ai casi di abuso di informazioni privilegiate commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della legge di depenalizzazione⁶². La Corte affronta la questione in questo modo: *i*) accoglie la premessa argomentativa del giudice *a quo* secondo cui la misura in questione ha natura penale ai sensi dell'art. 7 CEDU⁶³; *ii*) afferma che, come conseguenza, deve ritenersi applicabile l'art. 25, comma 2, Cost. il quale osta all'aggravamento del trattamento sanzionatorio dopo la commissione di un fatto pur già punito dalla legge⁶⁴; *iii.a*) riconosce, in linea di principio, la legittimità di una disposizione di depenalizzazione che preveda la propria applicazione a fatti pregressi in ragione della continuità nella valutazione del legislatore circa la antigiusuridicità della condotta⁶⁵; *iii.b*) ma esclude espressamente che un «giudizio di maggior favore [possa] basarsi solo sulla qualificazione giuridica della sanzione come amministrativa, [dovendo] al contrario, fondarsi sull'individuazione in concreto del regime complessivamente più favorevole per la persona, avuto riguardo a tutte le caratteristiche del caso specifico»⁶⁶; *iv*) dichiara tuttavia inammissibile la questione non avendo il giudice *a quo* assolto l'onere di motivare in ordine alla concreta maggiore afflittività della sanzione amministrativa⁶⁷.

Il ragionamento della Corte è rilevante sotto entrambi i due principali profili di analisi. I passaggi *i-ii* confermano anzitutto una certa tendenza alla commistione tra i piani convenzionale e costituzionale. In questo caso, infatti, la Corte utilizza il parametro interno ed esterno – che prevedono la medesima garanzia – in maniera assolutamente interscambiabile, addirittura prospettando l'applicabilità dell'art. 25 Cost. come discendente dall'accertamento del carattere penale della misura ai fini dell'art. 7 CEDU.

I passaggi *iii-iv*, invece, proseguono nel processo di dequotazione del valore della qualificazione legislativa della sanzione ai fini dell'applicazione della Costituzione chiarendo che il legislatore, nel contesto della disciplina di una successione di leggi penali, non può vincolare l'accertamento giudiziario sulla maggiore o minore gravità della sanzione successivamente introdotta mediante l'attribuzione alla stessa di una particolare qualificazione formale.

Quest'impostazione è confermata l'anno seguente quando la medesima questione ritorna alla Corte con il supplemento di motivazione richiesto⁶⁸. Questa volta, pur

⁶¹ Sul punto v. espressamente, ad esempio, la Relazione illustrativa contenuta in XVII legislatura, Atto del Governo n. 245, *Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili* trasmesso alla Presidenza del Senato il 17 novembre 2015, spec. 5-6.

⁶² Si tratta dell'art. 187-*sexies* del d.lgs n. 58 del 1998 e dell'art. 9, comma 6, della legge n. 62 del 2005.

⁶³ *Cfr.* Corte cost., sent. n. 68 del 2017, cons. dir. 6.

⁶⁴ *Cfr.* Corte cost., sent. n. 68 del 2017, cons. dir. 7.

⁶⁵ *Cfr.* Corte cost., sent. n. 68 del 2017, cons. dir. 8.

⁶⁶ *Cfr.* Corte cost., sent. n. 68 del 2017, cons. dir. 8.

⁶⁷ *Cfr.* Corte cost., sent. n. 68 del 2017, cons. dir. 9.

⁶⁸ Corte cost., sent. n. 223 del 2018.

ribadendo – in linea con la concezione dottrinarica tradizionale – che «la sanzione penale si caratterizza sempre per la sua incidenza, attuale o potenziale, sul bene della libertà personale [e] possiede un connotato speciale di stigmatizzazione, sul piano etico-sociale, del comportamento illecito, che difetta alla sanzione amministrativa»⁶⁹, la Corte riconosce che «l’impatto della sanzione amministrativa sui diritti fondamentali della persona non può essere sottovalutato»⁷⁰. Nel caso di specie il trattamento sanzionatorio complessivamente previsto dalla nuova disciplina (elevatissima sanzione pecuniaria, interdizioni professionali, confische anche per equivalente e pubblicazione della condanna su siti web Autorità)⁷¹ è considerato dalla Corte *concretamente più gravoso* rispetto al regime precedente (reclusione fino a due anni, multa fino a seicento milioni di lire aumentabili fino al triplo, pubblicazione della sentenza su due quotidiani e confisca diretta dei mezzi utilizzati per commettere il delitto, tutte però sospendibili e, nel caso di specie, oggetto di una legge di indulto). La questione è dunque dichiarata fondata.

Al di là del risultato nel caso particolare, ciò che è più significativo per una riflessione di carattere generale è l’idea posta alla base della decisione che «la comparazione tra la gravità delle due discipline sanzionatorie (quella penale previgente, e quella amministrativa successiva) è ben possibile, e anzi doverosa, onde evitare l’applicazione retroattiva all’autore dell’illecito di una *disciplina di carattere punitivo – al di là della sua formale qualificazione* – più gravosa di quella in vigore al momento del fatto»⁷². A questa idea, che esprime una concezione costituzionale del potere punitivo più unitaria rispetto al passato, si accompagna quella, ribadita anche nella successiva sent. n. 96 del 2020, che tale comparazione vada condotta “caso per caso”, avendo riguardo alla situazione *concreta* del singolo individuo e all’incisione della sanzione punitivo-afflittiva sui suoi diritti fondamentali⁷³. In questo modo anche il valore della libertà personale (sulla cui assoluta primazia era costruito il modello tradizionale) viene necessariamente relativizzato: siccome non esiste una gerarchia astratta di valori costituzionali⁷⁴, non è difatti possibile escludere *a priori* che una limitazione di altri diritti – ad esempio per i suoi contenuti, le sue modalità o per le circostanze del caso concreto – risulti *più afflittiva* di una limitazione della libertà personale.

Nel complesso, le vicende inerenti alla relativizzazione della presunzione di maggiore afflittività della sanzione formalmente penale confermano pertanto lo stretto legame che intercorre tra estensione dell’ambito di applicazione delle garanzie penalistiche e argomentazione costituzionale incentrata sui diritti fondamentali (*rights-*

⁶⁹ Corte cost., sent. n. 223 del 2018, cons. dir. 6.2.

⁷⁰ Corte cost., sent. n. 223 del 2018, cons. dir. 6.2.

⁷¹ Nello specifico, per la fattispecie in questione il legislatore aveva previsto una sanzione amministrativa di cinque milioni di euro aumentabili fino al triplo o fino al maggior importo di dieci volte il profitto conseguito, sanzioni accessorie interdittive (che la Corte specifica: incidenti sul diritto al lavoro), confisca diretta o per equivalente del prodotto o del profitto dell’illecito e, infine, la pubblicazione della condanna nei siti internet della Banca d’Italia o della Consob (con conseguente effetto stigmatizzante).

⁷² Corte cost., sent. n. 223 del 2018, cons. dir. 6.3 (corsivo aggiunto).

⁷³ Corte cost., sent. n. 96 del 2020, cons. dir. 5.5

⁷⁴ Sul punto, per tutti, A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, G. Giappichelli, 2014, 84 ss.

based). Inoltre, esse mostrano come a questo tipo di argomentazione consegua una maggiore individualizzazione del giudizio della Corte.

Proprio la sent. n. 96 del 2020, da ultimo citata, costituisce un buon esempio dell'inusuale livello di concretezza della valutazione effettuata dal giudice costituzionale al fine di comparare la gravità delle sanzioni in successione. In questo caso, difatti, la questione è dichiarata inammissibile perché il giudice *a quo* non aveva indicato se «vi fossero concreti elementi per ritenere il fatto non punibile in ragione della sua particolare tenuità, nei termini indicati dall'art. 131-*bis* cod. pen.» o se «l'imputato fosse concretamente in grado di fruire della sospensione condizionale della pena, avuto riguardo all'assenza di precedenti ostativi e alla possibilità di formulare una prognosi favorevole riguardo alla sua astensione dalla futura commissione di ulteriori reati»⁷⁵.

L'interesse costituzionalistico per la tendenza a una sempre maggiore individualizzazione del giudizio trascende, peraltro, la specifica questione materiale dello statuto costituzionale della punizione⁷⁶. Prospettando una dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge subordinata a una valutazione di fatto effettuata dal giudice *a quo* in relazione al singolo caso di specie, la Corte sembra spingere il grado di concretezza del giudizio costituzionale verso il limite massimo accettabile entro un modello quale quello italiano (in cui il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi – diversamente dal giudizio effettuato dalla Corte EDU – tende a essere configurato come giurisdizione oggettiva funzionale a decidere della validità di atti legislativi con effetti *erga omnes*)⁷⁷. Sotto questo aspetto, insomma, lo studio della trasformazione della Costituzione penale in corso può offrire alcuni elementi utili per determinare i limiti del modello italiano di giustizia costituzionale nel garantire una tutela effettiva dei diritti fondamentali delle persone.

⁷⁵ Corte cost., sent. n. 96 del 2020, cons. dir. 5.6.

⁷⁶ In generale, sulle conseguenze processuali della più recente tendenza della Corte ad agire quale giudice dei diritti v. da ultimo M. RUOTOLO, *Il giudice costituzionale: custode della Costituzione o dei diritti e degli equilibri istituzionali?*, in *Federalismi*, 4, 2022, 883-899. Per l'analisi di tendenze che sembrano andare nell'opposta direzione di una maggiore valorizzazione del ruolo del giudice comune, anche attraverso c.d. deleghe di bilanciamento, v. però già A. GUAZZAROTTI, *Le contospinte centrifughe nel sindacato di costituzionalità*, in *Questione giustizia*, 4, 2020, 78 ss.

⁷⁷ Sui caratteri del modello di giustizia costituzionale repubblicano per come attuato dalle fonti sul funzionamento della Corte v. G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 576 ss. e, successivamente, sulla connessione strutturale tra concretezza del giudizio e sua funzionalizzazione alla tutela dei diritti individuali v. anche R. ROMBOLI e E. ROSSI, voce *Giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Milano, Giuffrè, 2001, 540. L'individualizzazione e concretezza espressa dalle ultime pronunce richiamate nel testo, tuttavia, ricorda più il modello della giurisdizione soggettiva CEDU o del modello di aggiudicazione complessivamente ottenuto mediante le pronunce interpretative della CGUE che configurano la disapplicazione della legge in conseguenza di un accertamento di fatto rimesso al giudice nazionale. Sulla differenza tra metodo sistematico del giudice costituzionale e metodo casistico del giudice internazionale v. tuttavia già A. MORRONE, *Sui rapporti tra norme della Cedu e ordinamento costituzionale*, in L. MEZZETTI e A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Torino, G. Giappichelli, 2011, 189 ss.

2.3. L'applicazione del principio di legalità costituzionale della pena a tutte le sanzioni punitive

Il terzo momento di superamento dell'impostazione costituzionale tradizionale imperniata sulla qualificazione legislativa della sanzione, e quello di maggior significato sul piano generale, è costituito infine dalla sent. n. 68 del 2021.

Questo caso riguarda l'applicabilità a sanzioni formalmente non penali ma sostanzialmente punitive della regola prevista dall'art. 30, comma 4 della legge n. 87 del 1953 secondo cui «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali». La questione dell'applicazione della regola della iperretroattività degli effetti delle sentenze della Corte costituzionale in materia penale a sanzioni amministrative punitive era in realtà già stata sollevata nel 2017 e decisa, al tempo, nel senso dell'infondatezza⁷⁸. Il ribaltamento di tale decisione è particolarmente rilevante sotto due profili: da un lato, il tempo relativamente breve intercorso tra le due pronunce è un buon indicatore della rapidità con cui avanza il processo di trasformazione della Costituzione penale; dall'altro, il fatto che esso non sia dipeso da alcuna sopravvenienza normativa europea (nella forma di sentenza della Corte EDU) testimonia come il processo in questione si sia ormai parzialmente emancipato dalla giurisprudenza europea e abbia acquisito un'autonoma rilevanza per il diritto costituzionale domestico. È dunque opportuno confrontare le due decisioni.

Nel 2017 la Corte aveva rigettato la questione muovendo dal presupposto che «ciò che per la giurisprudenza europea ha natura “penale” deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la “materia penale”; mentre *solo* ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna»⁷⁹. Accertato dunque che «nella giurisprudenza della Corte europea non si rinviene, allo stato, alcuna affermazione che esplicitamente o implicitamente possa avvalorare l'interpretazione dell'art. 7 della CEDU nel [senso di] esigere che gli Stati aderenti sacrificino il principio dell'intangibilità del giudicato nel caso di sanzioni amministrative inflitte sulla base di norme successivamente dichiarate costituzionalmente illegittime»⁸⁰, la questione era stata dichiarata infondata.

Come è stato sottolineato da tutti i commentatori⁸¹, la decisione della Corte intendeva soprattutto affermare un principio di generale autonomia tra garanzie

⁷⁸ Corte cost., sent. n. 43 del 2017.

⁷⁹ Corte cost., sent. n. 43 del 2017, cons. dir. 3.4 (corsivo aggiunto).

⁸⁰ Corte cost., sent. n. 43 del 2017, cons. dir. 3.8.

⁸¹ Cfr. M.C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa “sostanzialmente penale”*: per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3, 2017, 293-296; A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni “sostanzialmente penali” e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte Costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2017, 15-33 e spec. 31; I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2017, 173; A. CELOTTO, *Iperretroattività e diritto vivente CEDU*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2021, 887-888; D. VICOLI, *L'illegalità della sanzione amministrativa di tipo punitivo scardina il giudicato: il caso della revoca della patente di guida*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2021, 902-903.

convenzionali e garanzie costituzionali, configurando tra le due categorie un rapporto logico di «coesistenza, e non di assimilazione»⁸². In forza di questo principio, il legislatore non può essere ritenuto costituzionalmente obbligato a estendere le garanzie previste dal diritto interno per la pena a tutte le sanzioni qualificabili come sostanzialmente penali ai fini dell'applicazione del diritto EDU.

Nel 2021 la Corte giunge, invece, alla conclusione opposta e dichiara l'art. 30 della legge n. 87 del 1953 incostituzionale «in quanto interpretato nel senso che la disposizione non si applica in relazione alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida»⁸³. Per smarcarsi dal vicino precedente del 2017 la Corte rileva in particolare che, pur non essendo emerso dalla giurisprudenza europea alcun nuovo obbligo espresso sul punto, 1) «il processo di *assimilazione* delle sanzioni amministrative “punitive” alle sanzioni penali, quanto a garanzie costituzionali, ha però conosciuto nuovi e rilevanti sviluppi, tali da rendere non più attuali le affermazioni contenute in tale pronuncia»⁸⁴ e 2.a) «la Corte di cassazione ha ritenuto “utilizzabili i noti parametri *Engel*”]» anche al fine di determinare quali sanzioni ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 30, legge n. 87 del 1953, 2.b) «senonché, con specifico riguardo alla revoca della patente, la Corte di cassazione ha poi [...] negato [che essa] possa ritenersi sanzione di natura sostanzialmente penale sulla base di quei criteri»⁸⁵. In tale contesto, la Corte afferma di essere dunque formalmente chiamata a valutare soltanto se sia conforme alla Costituzione escludere la sanzione della revoca della patente dall'ambito di operatività della garanzia della iperretroattività del giudicato costituzionale, già interpretata estensivamente dal giudice comune come applicabile a tutte le sanzioni sostanzialmente penali (secondo i criteri *Engel*)⁸⁶.

E la risposta a tale domanda è negativa per due motivi: in primo luogo perché esiste già una consolidata giurisprudenza europea che considera la revoca della patente come penale secondo i criteri *Engel*⁸⁷; in secondo luogo, perché «anche [...] in una prospettiva meramente “interna”, non può [...] disconoscersi che ci si trovi al cospetto di una sanzione dalla carica afflittiva particolarmente elevata e dalla spiccata capacità dissuasiva [dato che] non poter condurre veicoli a motore per cinque anni può rappresentare – specie per un soggetto che, come il ricorrente nel giudizio *a quo*, esercita l'attività di autotrasportatore – una sanzione, in concreto, più temibile della stessa pena principale di

⁸² Corte cost., sent. n. 43 del 2017, cons. dir. 4.1.

⁸³ Corte cost., sent. n. 68 del 2021.

⁸⁴ Corte cost., sent. n. 68 del 2021, cons. dir. 7 (corsivo aggiunto).

⁸⁵ Corte cost., sent. n. 68 del 2021, cons. dir. 4. Per un'analisi della giurisprudenza di Cassazione citata dalla Corte e degli orientamenti contrari nella giurisprudenza di legittimità v. M. GAMBARDELLA, *Sanzioni amministrative “punitive” dichiarate costituzionalmente illegittime e modifica del giudicato penale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2021, 892-896.

⁸⁶ Ciò spiega anche lo strano dispositivo che è stato efficacemente definito «interpretativa di accoglimento, che annulla la norma vivente *negativa* [...] producendo un effetto applicativo estensivo o additivo» da A. MORRONE, *Interpretazione nomopoietica. Nota alla sent. n. 68 del 2021*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2022, 880.

⁸⁷ *Cfr.* Corte cost., sent. n. 68 del 2021, cons. dir. 6, che cita una decina di precedenti CEDU relative a misure che incidono sulla possibilità della persona di condurre veicoli a motore (ritiro e sospensione patenti e misure equivalenti nonché decurtazione di punti della patente).

un anno e sei mesi di reclusione, condizionalmente sospesa, che gli è stata inflitta per il reato commesso»⁸⁸. I due argomenti hanno conseguenze differenti nell'economia della motivazione e a livello sistematico, che è necessario esplicitare.

Il riferimento alla giurisprudenza EDU sul carattere penale della revoca della patente non comporterebbe di per sé la necessaria applicazione della garanzia della iperretroattività del giudicato costituzionale a tutte le sanzioni amministrative punitive. Da tale riferimento, infatti, consegue solo che se il giudice comune decide di interpretare l'art. 30 della legge n. 87 del 1953 alla luce dei criteri *Engel*, anche la revoca della patente deve necessariamente rientrare nel suo ambito di applicazione⁸⁹. Sotto questo aspetto, insomma, la Corte si riserva – in prospettiva generale – un potere di verificare la corretta applicazione del diritto convenzionale da parte del giudice comune⁹⁰ mediante la possibilità di sollevare una questione di legittimità costituzionale su un diritto vivente formatosi in violazione della CEDU⁹¹. Il principio di autonomia tra garanzie EDU e garanzie costituzionali è dunque formalmente rispettato sul piano costituzionale, poiché la connessione tra i criteri *Engel* e l'applicazione della garanzia interna avviene a livello di giurisdizione comune.

Tuttavia, in forza dell'autonoma valutazione di afflittività della misura, la Corte si spinge a blindare, sul piano sostanziale, la stessa interpretazione estensiva dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953 affermando, in generale, che in forza del «*principio di legalità costituzionale della pena* [...] va escluso – come per le sanzioni penali – che taluno debba continuare a scontare una sanzione amministrativa “punitiva” inflittagli in base a una norma dichiarata costituzionalmente illegittima»⁹².

Così facendo, la giurisprudenza costituzionale riconosce espressamente l'esistenza di un *concetto costituzionale di “pena”*, autonomo sia dalla qualificazione legislativa (in

⁸⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2021, cons. dir. 6. Si noti, peraltro, che il fatto che nella valutazione dell'afflittività della sanzione la Corte valorizzi l'attività lavorativa di autotrasportatore concretamente svolta del ricorrente nel giudizio *a quo* rappresenta un'ulteriore conferma della già segnalata tendenza all'individualizzazione del giudizio costituzionale in questa materia.

⁸⁹ Si noti che i criteri *Engel* sono comunque richiamati ai fini dell'applicazione di una disciplina interna relativa a una garanzia che, per il momento almeno, la CEDU non obbliga gli Stati a riconoscere. Ciò indica, mi sembra, una certa “domesticizzazione” dei criteri a cui consegue una forma di interpretazione del diritto nazionale che, in perfetta linea con l'impostazione della giurisprudenza EDU, considera il *nomen iuris* attribuito dal legislatore a una sanzione come non vincolante (a certi fini) per il giudice. Parla al riguardo di «lettura sempre più integrata del diritto vivente» anche A. CELOTTO, *Iper-retroattività e diritto vivente CEDU*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2021, 888. Sulla vincolatività della qualificazione legislativa “a tutti i fini” per il giudice comune v. condivisibilmente N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 89.

⁹⁰ In senso analogo v. di nuovo A. MORRONE, *Interpretazione nomopoietica. Nota alla sent. n. 68 del 2021*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2022, 884.

⁹¹ Questo risultato è raggiunto dalla Corte combinando lo schema decisorio della sentenza interpretativa di accoglimento e la regola (sviluppata rispetto al requisito della necessità di dare alla disposizione un'interpretazione costituzionalmente conforme prima di sollevare questione di legittimità costituzionale su di essa) secondo cui «in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudice *a quo* ha la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di “diritto vivente” e di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali» (da ultimo, così, Corte cost., sent. n. 180 del 2021, cons. dir. 5.1).

⁹² Corte cost., sent. n. 68 del 2021, cons. dir. 7 (corsivo aggiunto).

quanto *comprendente* sanzioni penali e amministrative)⁹³ sia dalla nozione convenzionale (in quanto *operante anche* in riferimento a garanzie previste dal *solo* diritto interno, come, appunto, quella della iperretroattività). Questo concetto si basa, in particolare, sull'accertamento della finalità punitiva della misura e della sua apprezzabile afflittività rispetto ai diritti fondamentali dell'individuo⁹⁴.

Sul piano ordinamentale l'idea che esista un'autonoma nozione costituzionale di pena comporta, come in dottrina è stato immediatamente rilevato, una modifica dei rapporti tra Corte e legislatore, risultando definitivamente sottratto al Parlamento il potere di «determinazione [...] delle garanzie sostanziali del sistema sanzionatorio [in ragione] del peso dei beni protetti»⁹⁵. In questo nuovo modello, difatti, le garanzie seguono il peso dei “beni incisi” e, cioè, dei diritti fondamentali dell'individuo limitati dalla sanzione⁹⁶. È sotto questo aspetto che è più avvertibile il cambio negli equilibri tra i poteri coinvolti nella gestione della questione penale e, dunque, l'impatto del nuovo corso sulla forma di governo italiana di tale fenomeno⁹⁷.

Come cercherò di sostenere nel corso della ricerca, credo che al riconoscimento di una nozione autonoma di pena consegua anche un'importante modifica dei rapporti interordinamentali tra Corte e Corte EDU. Una nozione costituzionale autonoma di pena permette difatti alla Corte costituzionale di non agire più quale mero recettore a livello domestico della giurisprudenza europea, ma di porsi come contributore attivo nello sviluppo di una concezione costituzionale integrata di punizione fondata sulla persona e sui suoi diritti fondamentali.

2.4. Sintesi dello statuto costituzionale della punizione emergente dall'ultima giurisprudenza della Corte costituzionale

Per fare una sintesi dei risultati raggiunti mediante l'analisi dell'ultima giurisprudenza costituzionale, si può dunque affermare che la concezione costituzionale

⁹³ Si confronti, per comprendere appieno l'evoluzione, questa affermazione con quella contenuta nella sent. n. 276 del 2016 per cui l'art. 25 Cost. è «valido per le pene e per le misure amministrative di carattere punitivo-afflittivo» (corsivo aggiunto).

⁹⁴ Cfr. al riguardo anche la recentissima Corte cost., sent. n. 148 del 2022 in cui la Corte ha escluso l'applicazione dello «statuto costituzionale della responsabilità penale, incluso lo stesso “diritto al silenzio”» alle sanzioni amministrative previste dal t.u. stupefacenti (d.P.R. n. 309 del 1990) per chi acquista sostanze stupefacenti per farne un uso esclusivamente personale in ragione della loro natura preventiva e non punitiva.

⁹⁵ A. MORRONE, *Interpretazione nomopoietica. Nota alla sent. n. 68 del 2021*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2022, 880

⁹⁶ Al riguardo, la sent. n. 68 del 2021 è particolarmente indicativa giacché il passaggio fondamentale nella costruzione del principio costituzionale della pena si riferisce espressamente alle «limitazioni che [la sanzione della revoca della patente] comporta nella vita contemporanea, compresa, nel caso di specie, l'impossibilità di svolgere la propria attività lavorativa» (corsivo aggiunto).

⁹⁷ La connessione generale tra attività della Corte e forma di governo è un dato ormai acquisito in seguito, tra altri, agli studi pionieristici di P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990, 63-69 ed E. CHELI, *Il giudice delle leggi: la Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, Il Mulino, 1999.

tradizionale del potere punitivo, caratterizzata da un'interpretazione della Costituzione nel senso di una totale autonomia e differenziazione delle garanzie previste per i diversi tipi di sanzioni in ragione della loro qualificazione legislativa, è oggi superata in favore di una nuova prospettiva almeno tendenzialmente unitaria in cui «la garanzia del principio di legalità (art. 25, secondo comma, Cost.) [...] costituisce [il] caposaldo del *complessivo sistema punitivo* – il cosiddetto “diritto sanzionatorio” – trovando esso applicazione alle fattispecie di reato [...] e alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente punitivo»⁹⁸.

Diversamente dal passato⁹⁹, pertanto, al “diritto sanzionatorio” (o, meglio, “punitivo”) si applicano oggi le garanzie del *nullum crimen nulla poena sine lege*, della determinatezza del precetto, della irretroattività della *lex gravior*, della retroattività della *lex mitior*, nonché della iperretroattività del giudicato costituzionale¹⁰⁰.

Ai fini dell'applicazione di queste garanzie costituzionali la Corte verifica se una certa misura rientra nell'ambito del diritto sanzionatorio-punitivo mediante una valutazione caso per caso, per la quale, tuttavia, non risultano ancora chiaramente definiti nella giurisprudenza costituzionale criteri precisi. In linea di massima, nei casi esaminati la valutazione ha riguardato 1) la funzione astrattamente perseguita dalla sanzione (per distinguere la misura punitiva da misure aventi finalità preventiva) e, talora, 2) il suo concreto livello di afflittività (per giustificare sul piano sostanziale l'applicazione della garanzia costituzionale)¹⁰¹. Nell'ambito di questa valutazione la qualificazione di una misura come penale ai fini dell'applicazione del diritto EDU è in genere presa in considerazione dalla Corte, ma non è mai presentata come di per sé determinante quando

⁹⁸ Corte cost., sent. n. 140 del 2021, cons. dir. 11 (corsivo aggiunto).

⁹⁹ Sulle conseguenze dell'originaria riconduzione al solo art. 23 Cost. delle sanzioni amministrative punitive *cfr. supra* par. 2 e spec. note nn. 17 ss.

¹⁰⁰ Mi sono limitato in quest'analisi alle garanzie sostanziali poiché sono esse a definire il «volto costituzionale della sanzione penale» secondo l'impostazione tradizionale. Per completezza occorre tuttavia segnalare che anche garanzie processuali sono state estese dalla Corte a sanzioni formalmente non penali e, in particolare, il divieto di *ne bis in idem* e il *nemo tenetur se detegere*. Sul punto si rinvia, per tutti, a F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4, 2020, 1806 ss. Nella giurisprudenza costituzionale sul *ne bis in idem* v. da ultimo Corte cost., sent. n. 145 del 2020, cons. dir. 5, non che la successiva sent. n. 149 del 2022, e sul diritto al silenzio Corte cost., sent. n. 84 del 2021, cons. dir. 3.5. Una certa concezione unitaria del fenomeno punitivo deriva, del resto, anche da questa giurisprudenza in cui si legge che «rientr[a] nella discrezionalità del legislatore prevedere [...] un apparato sanzionatorio articolato su più misure complementari e integrate – penali, amministrative, civili – il cui controllo di legittimità sia affidato a giudici diversi, occorre però che sussista un “nesso sufficientemente stretto in sostanza e in tempo” (un *‘lien matériel et temporel suffisamment étroit’*, secondo la citata sentenza della Corte EDU) tale da formare un “insieme coerente” in una logica di complementarità per il raggiungimento di un obiettivo complessivo di repressione dell'*idem factum*» (così Corte cost., sent. n. 145 del 2020, cons. dir. 6.1; confermata dalla successiva sent. n. 149 del 2022 che ribadisce, peraltro, come il trattamento sanzionatorio complessivamente considerato debba comunque rispettare il principio di proporzionalità della pena).

¹⁰¹ Il secondo criterio appare difatti del tutto residuale (quando non addirittura di valenza meramente argomentativa), se si considera che Corte cost., sent. n. 134 del 2019 ha ritenuto, da ultimo, pacificamente applicabile l'art. 25 Cost. a una sanzione amministrativa «da euro 100 a euro 500».

la decisione si riferisce anche a un parametro interno¹⁰² o riguarda una garanzia prevista dal solo diritto interno¹⁰³. Per tali ragioni si può affermare che la Corte ha sviluppato nozioni costituzionali di “punizione” e “pena” formalmente autonome sia da quelle legislative sia da quelle convenzionali, ancorché dotate ancora di confini incerti.

Rispetto allo statuto costituzionale della sanzione penale la Corte ha invece per il momento negato che possano ritenersi estesi al “diritto sanzionatorio” i principi stabiliti dall’art. 27 (principi di colpevolezza, personalità e finalità rieducativa della pena)¹⁰⁴ in quanto essi « – a cominciare dalla necessaria funzione rieducativa della pena – appaiono [...] strettamente connessi alla logica della pena privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale, attorno alla quale è tutt’oggi costruito il sistema sanzionatorio penale»¹⁰⁵. Seppure ciò non sia stato esplicitato, la medesima ragione sembra poter giustificare, in prospettiva sistematica, anche la segnalata esclusione dell’estensione alle sanzioni amministrative punitive della garanzia della riserva di legge assoluta, che pure è stata giustificata in dottrina in funzione servente dell’art. 13 Cost.¹⁰⁶.

Come conseguenza della mancata estensione dell’ambito di applicazione dell’art. 27 Cost., nella sent. n. 133 del 2019 la Corte ha altresì specificato che anche i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena «non possono essere *sic et simpliciter* traslati [...] restando fermo, peraltro, il principio generale che sanzioni manifestamente sproporzionate alla gravità dell’illecito violano l’art. 3 Cost. (nonché i diritti fondamentali su cui tali sanzioni di volta in volta incidono), in quanto eccedenti gli scopi legittimi che le giustificano»¹⁰⁷.

3. Ricostruzione e critica delle posizioni dottrinali sui nuovi orientamenti del giudice costituzionale

Lo sviluppo nella recente giurisprudenza costituzionale degli orientamenti descritti sinora è stato accompagnato da una riflessione dottrinale caratterizzata da un elevato grado di interdisciplinarietà. Del resto, il problema che essi pongono taglia trasversalmente le materie del diritto costituzionale, del diritto penale e del diritto amministrativo (ma,

¹⁰² Cfr., ad esempio, Corte cost., sentt. nn. 84 del 2021, 145 e 96 del 2020, 63 del 2019, 196 del 2010. Fa eccezione, come già segnalato, soltanto l’argomentazione contenuta nella sent. n. 68 del 2017 in cui la Corte sembra collegare l’applicabilità dell’art. 25 Cost. direttamente a quella del 7 CEDU.

¹⁰³ Cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2021.

¹⁰⁴ V. da ultimo Corte cost., sentt. nn. 109 del 2017, cons. dir. 3.1; 112 del 2019, cons. dir. 8.2.1; 212 del 2019, cons. dir. 7.1.

¹⁰⁵ Corte cost., sent. n. 112 del 2019, cons. dir. 8.2.1.

¹⁰⁶ Per tutti, sull’assolutezza in funzione servente della tutela della libertà personale, cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 38-39.

¹⁰⁷ Corte cost., sent. n. 133 del 2019, cons. dir. 3.1 (più ampiamente, in seguito, in Corte cost., sent. n. 95 del 2022, cons. dir. 4.1); sull’applicabilità anche alle sanzioni amministrative punitive del tendenziale divieto di automatismi sanzionatori quale conseguenza del principio di proporzionalità v. da ult. Corte cost., sent. n. 246 del 2022, cons. dir. 9.1 e giurisprudenza precedente lì citata. Il passaggio generale citato nel testo e, in particolare, il riferimento agli *scopi legittimi* perseguiti dal legislatore sembra inoltre suggerire che anche un qualche principio di offensività potrebbe forse essere ricostruibile anche per il diritto punitivo in quanto, come la Corte espressamente riconosce, il suo esercizio incide sempre su diritti fondamentali e deve essere, dunque, giustificato. La questione non è ancora stata direttamente affrontata dalla giurisprudenza costituzionale e su di essa tornerò *infra* in Conclusione, par. 3.2.

come ho già accennato, possibilmente anche materie ulteriori che prevedano sanzioni punitive, come, ad esempio, la materia emergente delle sanzioni pecuniarie civili). In questa ricerca dottorale tralascerò la parte del dibattito più concentrata sui cosiddetti “rami bassi” dell’ordinamento, vale a dire la letteratura comparsa riguardante le ricadute di singole decisioni della Corte su specifici settori del diritto sanzionatorio regolato da fonti di rango primario. La mia analisi si svolge difatti sul piano di riflessione più propriamente costituzionale.

Su questo specifico piano di analisi gli studiosi si sono occupati, mi sembra, principalmente di due questioni: 1) il rapporto tra ambiti di applicazione di garanzie costituzionali e corrispondenti garanzie convenzionali e, dunque, tra nozione interna e nozione EDU di materia penale; 2) la possibilità di connettere l’applicazione di tutte le garanzie penalistiche previste dalla Costituzione a un’unica nozione costituzionale di materia penale. Sullo sfondo dello studio di tali problemi si staglia una riflessione di respiro più ampio relativa a tendenze generali del sistema particolarmente evidenti, da tempo, anche in questa materia, quali, in particolare, la crisi della legge¹⁰⁸ e la sempre maggiore centralità della figura del giudice e del diritto giurisprudenziale¹⁰⁹.

3.1. *Il rapporto tra ambiti di applicazione di garanzie costituzionali e corrispondenti garanzie convenzionale (ossia: sul tipo e grado di integrazione tra sistema costituzionale e sistema EDU)*

Sotto il primo dei due profili individuati, attinente ai rapporti tra diritto costituzionale e diritto EDU, si sono confrontate in letteratura due tesi principali.

3.1.1. *La tesi dell’autonomia*

Da un lato, è stata sostenuta la tesi della totale autonomia delle garanzie costituzionali e delle corrispondenti garanzie convenzionali¹¹⁰. Secondo questo primo

¹⁰⁸ In tema, tra i costituzionalisti ma con specifico riferimento alla materia penale, v. M. D’AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l’alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 3-46; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 315-330; più in generale v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari, Editori Laterza, 2000, 727-730.

¹⁰⁹ Tra molti v. V. MANES, *Sugli approdi attuali del processo di costituzionalizzazione del “diritto penale europeo”*, in C. GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo*, Pisa, Pacini Giuridica, 2021, 129-136 e spec. 130 ss.; F. PALAZZO, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è “sostanzialmente penale”?*, in *Cassazione penale*, 2, 2018, 461-468; D. PULITANÒ, *Diritto penale e tecniche interpretative: l’interpretazione conforme a costituzione e il ruolo ‘creativo’ del giudice*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 65-84; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3, 2016, 13-39; G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Milano, CEDAM, 2002. Nella dottrina costituzionale ha fortemente criticato questa emergente concezione di legalità M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016, 391-476.

¹¹⁰ N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 85-95;

modello bisognerebbe tenere chiaramente distinti il piano nazionale e il piano sovranazionale, prevedendo essi ambiti di applicazione e contenuti delle garanzie penalistiche differenti. In questa prima prospettiva, dunque, il ricorso ai criteri *Engel* può condurre all'estensione a sanzioni formalmente qualificate dal legislatore come non penali delle sole garanzie convenzionali (artt. 6 e 7 CEDU), ma non può avere alcun rilievo ai fini dell'applicazione delle tutele previste dal diritto nazionale.

L'*impostazione autonomista* si basa sull'idea che «se si ammette che [i corrispondenti articoli della Costituzione] possano ricomprendere le tutele convenzionali per la materia penale, pur in spregio alla qualificazione legislativa voluta dal Parlamento, si vanifica [...] la riserva di legge in materia penale [...] intesa come rinvio alla discrezionalità parlamentare della scelta, così come della esclusione, della sanzione penale per garantire la protezione di un bene giuridico»¹¹¹. In altre parole, il fondamento della tesi autonomista va rinvenuto in una forte valorizzazione dell'aspetto democratico della riserva di legge¹¹², che osterebbe al superamento della qualificazione formale della sanzione anche ai soli fini dell'applicazione delle garanzie costituzionali in quanto involgente una «discutibile operazione di valenza para-legislativa»¹¹³. Questa posizione è peraltro in linea con l'interpretazione tradizionale secondo cui l'art. 25 Cost. rappresenterebbe un limite di sistema alla possibilità di interventi manipolatori (non solo *in malam partem*) in materia penale da parte del giudice costituzionale¹¹⁴.

Oltre a quest'argomento attinente, in definitiva, al principio di separazione dei poteri (tra Corte e legislatore), la tesi autonomista si regge su due argomenti ulteriori. Primo, l'esigenza, riguardante la teoria delle fonti, di non generare «un'inversione molto grave nel rapporto tra Costituzione e Convenzione europea» che si verificherebbe se i criteri *Engel* potessero operare «quale strumento per individuare l'ambito di applicazione [degli articoli della Costituzione penale]»¹¹⁵. Secondo, la considerazione di politica del diritto per cui un'estensione della nozione costituzionale di materia penale fino a farla

I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2017, 172-179; S. BISSARO, *L'ambito di operatività del principio di legalità penale: i confini della materia penale, tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 3, 2017, 1-30; nella letteratura amministrativistica S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 218 ss.

¹¹¹ I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2017, 176.

¹¹² Nella letteratura più recente, sul fondamento democratico della riserva di legge v. G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovranazionali*, Torino, G. Giappichelli, 2019, 28 ss. e sull'assenza di tale funzione nel diritto sovranazionale 133 ss.

¹¹³ N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 92.

¹¹⁴ G. LEO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 50 parla al riguardo di «iperprotezione dell'autonomia legislativa», individuando in esso un «limite all'integrazione del sistema punitivo». Ricostruisce quest'impostazione tradizionale e dà conto del suo superamento in materia di sindacato costituzionale del trattamento sanzionatorio sproporzionato anche A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2, 2019, 785-810, v. spec. 785-791 e 805.

¹¹⁵ I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2017, 176.

coincidere con quella convenzionale potrebbe «produrre, per paradosso, una riespansione del diritto penale, per nulla “minimo” e non più “*extrema ratio*”»¹¹⁶: da un lato, infatti, essa potrebbe legittimare, mediante il loro assoggettamento alle garanzie costituzionali, sanzioni (pur non formalmente penali) molto invasive e pesanti; dall’altro, essa frustrerebbe legittime politiche di depenalizzazione poiché il livello di afflittività di tali sanzioni potrebbe divenire tale da far richiedere che l’applicazione di queste sia di nuovo riservata non già all’amministrazione, ma a un giudice¹¹⁷.

Nella pratica, la tesi della completa separazione dei piani costituzionale e convenzionale si traduce nella regola processuale secondo cui nella costruzione di questioni di legittimità costituzionale il giudice *a quo* dovrebbe sempre chiaramente distinguere le questioni basate sull’art. 117 Cost. con rinvio a parametro convenzionale da quelle basate sugli articoli della Costituzione nazionale. Ciò è confermato da una pronuncia del 2017 in cui una questione relativa all’applicazione dell’art. 25 Cost. a una sanzione amministrativa è stata giudicata inammissibile in quanto «il giudice *a quo* intende ottenere l’allargamento dell’area di ciò che è penalmente rilevante [utilizzando] i criteri *Engel* per perseguire [...] l’obiettivo dell’applicazione delle tutele predisposte dal diritto nazionale per i soli precetti e per le sole sanzioni che l’ordinamento interno considera, secondo i *propri* principi, espressione della potestà punitiva penale dello Stato»¹¹⁸. Come la Corte afferma apertamente andrebbe difatti categoricamente «esclusa la correttezza dell’assunto secondo cui l’illecito amministrativo, che il legislatore distingue *con ampia discrezionalità* dal reato [...], appena sia tale da corrispondere, in forza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ai criteri *Engel* di qualificazione della “pena”, subirebbe l’attrazione del diritto penale dello Stato aderente, con conseguente saldatura tra il concetto di sanzione penale a livello nazionale e quello a livello europeo»¹¹⁹.

3.1.2. La tesi dell’integrazione

All’opposto, è stata avanzata in letteratura anche l’idea contraria che le garanzie costituzionali e quelle convenzionali vadano interpretate «in un’ottica [di] tutela *integrata* fondata *assieme* su Costituzione e CEDU»¹²⁰.

¹¹⁶ N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 95.

¹¹⁷ N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 95.

¹¹⁸ Corte cost., sent. n. 109 del 2017, cons. dir. 3.1 (corsivo aggiunto). Il relatore della sentenza è, credo non a caso, ZANON.

¹¹⁹ Corte cost., sent. n. 109 del 2017, cons. dir. 3.1 (corsivo aggiunto).

¹²⁰ F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 11. Questa posizione appare peraltro una specificazione nell’ambito della Costituzione penale di una più generale “teoria delle Carte” che indica la necessità di integrarne i precetti nel contesto dell’interpretazione, sostenuta in letteratura in particolar modo da RUGGERI, su cui v. da ultimo A. RUGGERI, *Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*, in *Rivista di diritti comparati*, 3, 2021, 60-90; ma già ID., “Dialogo” tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia

Questa seconda prospettiva si fonda anzitutto sul rigetto dell'argomento della vincolatività della qualificazione legislativa della sanzione ai fini di determinare l'applicabilità di garanzie costituzionali, che sarebbe basato su «un (davvero clamoroso) fraintendimento» del valore democratico della riserva di legge¹²¹. In forza dell'art. 25 Cost. sarebbe difatti riservato al legislatore ordinario il potere di selezionare i precetti penalmente sanzionati (quali norme rivolte all'individuo), ma non anche di determinare l'ambito di applicazione delle garanzie costituzionali previste dal medesimo articolo (in quanto norme rivolte allo stesso legislatore ordinario). La determinazione dell'ambito di applicazione delle norme costituzionali costituirebbe infatti – in assenza di criteri espressamente determinati da una fonte di rango costituzionale – una questione interpretativa di competenza della Corte¹²².

Nella *prospettiva dell'integrazione* reciproca tra garanzie costituzionali e convenzionali, dunque, i criteri *Engel* acquisiscono una valenza (quanto meno argomentativa) al fine di estendere l'ambito di applicazione delle garanzie nazionali laddove esse siano interpretate in senso meno ampio delle corrispondenti garanzie convenzionali. E difatti la «“novità” del diritto europeo rappresentata dall'adozione di criteri *sostanziali* per la definizione della “materia penale”» viene descritta in questo contesto «come [una] novità già ampiamente *assorbita*, senza traumi, dalla nostra giurisprudenza costituzionale, in funzione di un complessivo innalzamento del livello di tutela di quelle garanzie e dei diritti fondamentali ad esse sottesi»¹²³.

penale e processuale), *Diritto fondamentali*, 2013, 13, in cui si sottolineava, peraltro che, «la giurisprudenza in materia penale e processuale costituisce un banco di prova privilegiato per la verifica della capacità di tenuta della costruzione qui nei suoi lineamenti di fondo sommariamente descritta». Questa impostazione trova inoltre attestazione anche in un lontano precedente della Corte costituzionale in cui si affermava, proprio rispetto alla CEDU, che: «indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale (tra le molte sentenze n. 188 del 1980 e n. 315 del 1990), mentre spetta al legislatore dare ad esse attuazione (sentenza n. 172 del 1987), è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione (cfr. sentenza n. 399 del 1998): non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona (cfr. sentenza n. 167 del 1999), ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione» (Corte cost., sent. n. 388 del 1999, cons. dir. 2.1). Per un esempio di ricostruzione integrata del principio di prevedibilità della legge penale v. il recentissimo S. PAIUSCO, *Nullum Crimen Sine Lege, the European Convention on Human Rights and the Foreseeability of the Law*, Munich, Nomos, 2021, 426 ss.

¹²¹ F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 5.

¹²² F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 5. Per chiarire ulteriormente il punto, secondo la stessa logica «a nessuno oggi verrebbe in mente, d'altra parte, che l'estensione della libertà di manifestazione del pensiero debba essere determinata dalla scelta del legislatore ordinario di qualificare una data condotta come 'manifestazione di pensiero' ovvero, poniamo, di mero 'incitamento all'azione'; dovendosi piuttosto previamente determinare sul piano del diritto costituzionale – in sede di interpretazione dell'art. 21 Cost. – se la condotta comunicativa in questione, in ipotesi penalmente sanzionata o sottoposta ad altre misure restrittive, rientri o meno nell'ambito di tutela dell'art. 21 Cost.» (*ibidem*).

¹²³ F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 8 (corsivo aggiunto).

A sua volta, la tesi integrazionista si ispira a – ed è sostenuta da – un principio di politica del diritto costituzionale per cui «la giurisprudenza italiana, assistita e supportata dalla dottrina, dovrebbe oggi assumersi con decisione il compito di concorrere, *assieme alla giurisprudenza europea* – se del caso, anticipandone gli sviluppi e in ogni caso dialogando costruttivamente con essa –, alla costruzione di un *orizzonte comune di garanzie* applicabili alla materia penalistica»¹²⁴. Questa prospettiva trova, del resto, un saldo supporto argomentativo sia in un’ottica realista sia in prospettiva comparata: il modello EDU è difatti già circolato in molte giurisdizioni costituzionali europee¹²⁵ e laddove esso è in corso di affermazione la scienza giuridica ha avviato riflessioni sostanzialmente paragonabili a quelle che si stanno svolgendo in Italia¹²⁶.

Sempre sul piano di politica del diritto, la dottrina integrazionista offre anche alcuni argomenti per superare i timori connessi a una riespansione del diritto penale chiarendo che «la riconduzione alla “materia penale” di un illecito concepito dal legislatore come “non penale” [...] non significa affatto che tale illecito debba essere trattato, *a tutti gli effetti*, come un reato [ma solo che] a tale illecito, alla relativa sanzione e al relativo procedimento dovranno applicarsi le garanzie che la Costituzione e la CEDU riservano, appunto, alla materia penale»¹²⁷. In altre parole, l’attrazione alla sfera del penalmente rilevante avverrebbe solo ai fini dell’individuazione delle garanzie costituzionali e convenzionali applicabili, mentre la qualificazione legislativa continuerebbe a valere per

¹²⁴ F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 17. Detto solo incidentalmente a questo principio, che io ho qualificato come politico sulla base del classico criterio metodologico del «punto di vista interno» (U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Rivista diritto processuale*, 4, 1971, 561 ss.), potrebbe anche essere riconosciuta una qualche forma di giuridicità adottando approcci ricostruttivi e metodologici differenti, come, ad esempio, quello neorealista del cosiddetto *European legal space* (per il concetto e la relativa proposta di metodo A. VON BOGDANDY, *The Idea of European Public Law Today - Introducing the Max Planck Handbooks on Public Law in Europe (March 15, 2017)*. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2017-04, ora in A. VON BOGDANDY, P. M. HUBER e S. CASSESE (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume 1. The Administrative State*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 1-29, spec. 15 ss.).

¹²⁵ Nel dibattito italiano sul tema sono solitamente citati come esempio i casi di Spagna e Germania (in cui le garanzie costituzionali relative all’esercizio dello *ius puniendi* sono applicate sia alle sanzioni penali sia alle sanzioni amministrative, sui quali v. da ultimo L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 111 ss. e 135 ss.), ma per una visione d’insieme più ampia della circolazione del modello tra i Paesi aderenti al Consiglio d’Europa v. COE, EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS, *Replies to questionnaire on administrative sanctions*, 6 febbraio 2020, disponibile su <https://rm.coe.int/cdpc-2019-1-replies-to-questionnaire-on-administrative-sanctions/168093669b>. Da questo report emerge il dato interessante che nella maggior parte degli Stati partecipanti (18 su 29) i criteri *Engel* hanno influenzato il modo di classificare le sanzioni nell’ordinamento nazionale. Si noti inoltre che anche la Corte di Giustizia UE utilizza tali criteri per determinare l’ambito di applicazione delle garanzie penalistiche previste dalla CDFUE (cfr. ad es. CGUE, *Bonda*, 5 giugno 2012 e più in generale sulla nozione di materia penale ai fini dell’applicazione del diritto UE v. comunque A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Antwerp, Intersentia, 2009, 158 ss.).

¹²⁶ È il caso, ad esempio, della Francia, su cui cfr. P.-Y. GAHDOUN, A. PONSEILLE e E. SALES, *Existe-t-il un droit constitutionnel punitif?*, Montpellier, Presse de la Faculté de Droit et Science politique de Montpellier, 2019. A livello europeo v. già F. GALLI e A. WEYEMBERGH, *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU*, Brussels, Editions de l’Université de Bruxelles, 2014.

¹²⁷ F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 19.

l'individuazione della disciplina legislativa ordinaria¹²⁸, rendendo così infondati i timori espressi dai sostenitori delle tesi autonomiste.

Resta invece sostanzialmente aperto il tema di teoria delle fonti sollevato dai sostenitori della tesi autonomista. Al riguardo, difatti, le stesse ricostruzioni integrazioniste rilevano che la giurisprudenza più recente della Corte costituzionale sembra avere nei fatti superato in questa materia il modello disegnato dalle sentt. nn. 348 e 349 del 2007 (CEDU come fonte sub-costituzionale operante quale parametro interposto)¹²⁹ e richiamano alcuni possibili modelli alternativi di concepire i rapporti tra ordinamento costituzionale e regime convenzionale basati sugli artt. 2 o 11 Cost., che sarebbero più idonei a giustificare il concreto atteggiarsi dei rapporti tra i due sistemi legali¹³⁰.

3.1.3. Segue: *Critica delle due tesi rispetto ai risultati dell'analisi dei casi*

Nel complesso, anche se per ragioni differenti, né le tesi autonomiste né le tesi integrazioniste sembrano potersi considerare teorie pienamente soddisfacenti per spiegare la trasformazione della Costituzione penale in corso nella prospettiva del diritto costituzionale.

Le prime, difatti, si scontrano con la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, per lo più successiva agli studi citati, che ha effettivamente confermato la volontà della Corte di adottare un approccio tendenzialmente integrazionista, caratterizzato da un superamento (almeno parziale) del valore della qualificazione formale della sanzione e da una progressiva armonizzazione-assimilazione di ambiti di applicazione e contenuti delle garanzie¹³¹.

Le seconde, invece, scontano l'incapacità di giustificare tale approccio senza ricorrere a paradigmi fondamentalmente monisti, esclusi da tempo, tuttavia, sia dalla dottrina costituzionalistica largamente prevalente sia dalla stessa Corte¹³². Indicando un

¹²⁸ L'argomento è ripreso e sviluppato anche da L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018 195 ss. che parla di "nozione formale di materia penale come criterio intra-sistematico di individuazione della disciplina applicabile".

¹²⁹ F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 491-492.

¹³⁰ F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 493 ss. Dalla prospettiva EDU argomenta la necessità di adottare simili modelli l'opinione parzialmente concorrente e parzialmente dissidente del giudice Pinto de Albuquerque *G.I.E.M. s.r.l. and others v. Italy* [GC] (2018), il cui valore spiccatamente dottrinale è testimoniato dal suo inserimento in T. MARINIELLO (a cura di), *Judge Pinto de Albuquerque and the Progressive Development of International Human Rights Law*, Leida, Brill, 2021, 7 ss. con il titolo "*From Constitutional Parochialism to Multilevel Constitutionalism*".

¹³¹ È difatti innegabile che i casi esaminati nei precedenti paragrafi 2 ss. mostrino, complessivamente considerati, un progressivo processo di armonizzazione delle garanzie. Tale approccio, a dire il vero, contraddistingue più in generale la più recente aggiudicazione costituzionale in materia di diritti fondamentali orientata a «valorizza[re], a fini interpretativi dei parametri costituzionali di volta in volta evocati, le fonti internazionali» (così da ultimo in Corte cost., sent. n. 2 del 2022, cons. dir. 3.3).

¹³² Sulla tradizionale concezione dualista dei rapporti con il diritto non statale cfr. S. FERRERI, voce *Fonti del diritto (dir. internaz.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, 637-657 e

assunto interpretativo tradizionalmente negato quale spiegazione della scelta di armonizzare le interpretazioni delle garanzie costituzionali e convenzionali quanto ad ambito di applicazione e contenuti, queste ultime tesi esprimono difatti una ragionevole critica di incoerenza alla giurisprudenza della Corte, ma – in attesa dell’auspicato cambio di paradigma – non sono in grado di fornire una spiegazione sistematica pienamente soddisfacente nella prospettiva del diritto costituzionale.

È infine necessario sottolineare che anche se storicamente le tesi autonomiste sono state sostenute per contrastare l’assimilazione del modello interno al modello EDU e, dunque, l’estensione delle garanzie oltre la materia penale come qualificata dal legislatore, tale elemento appare per esse contingente e concettualmente solo eventuale. Le tesi autonomiste possono difatti essere ridotte a una versione minimale che – ferma la distinzione tra concezione costituzionale di materia penale da quella legislativa – postula semplicemente la necessità di mantenere distinti gli ambiti di applicazione e i contenuti delle garanzie previste dalla CEDU e dalla Costituzione¹³³. A tale versione minimale sembra tuttora aderire, almeno formalmente, la Corte costituzionale, la quale non ha mai espressamente utilizzato i criteri *Engel* per determinare la nozione domestica di materia penale. La Corte di Cassazione, invece, ha adottato un approccio totalmente integrazionista quando – come già sottolineato nel corso dell’analisi della sent. n. 68 del 2021 – ha fatto direttamente uso (con il sostanziale benessere della Corte) dei criteri convenzionali per determinare l’ambito di applicazione della garanzia di iperretroattività del giudicato costituzionale in materia penale prevista dal solo diritto interno.

3.2. La necessità di differenziare la nozione costituzionale di materia penale in ragione della specifica garanzia da applicare (ossia: sul grado di unitarietà della nozione costituzionale di materia penale)

Il secondo profilo di indagine su cui la riflessione dottrinale si è concentrata attiene alla possibilità di concepire in maniera unitaria il potere pubblico di punire al fine di applicare le garanzie della Costituzione penale ovvero alla necessità di adottare nozioni differenziate a seconda della specifica garanzia in questione. Allo stato, come emerge dall’analisi dei casi, la giurisprudenza costituzionale adotta una nozione parzialmente differenziata riservando l’applicazione della garanzia di riserva di legge statale e dell’art. 27 alle sole sanzioni formalmente qualificate dal legislatore come penali.

Rispetto a questo tema la dottrina ha assunto per ora un atteggiamento fondamentalmente descrittivo, cercando o di razionalizzare la posizione assunta dalla Corte in un’ottica funzionalista o di prospettare la direzione finale verso cui la giurisprudenza costituzionale sembra procedere. Per questo motivo, mi limiterò qui a sintetizzare queste due posizioni, senza discutere le ragioni per cui un approccio differenziato o unitario appaia preferibile in una prospettiva sistematica. Su questo piano,

spec. 643 ss. Sul punto v. anche la tradizionale impostazione di G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2, 2009, 195-229 e sul “dualismo italiano” spec. 200.

¹³³ Cfr. N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 95.

infatti, il dibattito è ancora sostanzialmente assente perché tutte le posizioni presenti sostengono (o, comunque, accettano) la necessità di mantenere un certo grado di differenziazione.

3.2.1. *La tesi della nozione differenziata “a geometrie variabili”*

L'impostazione che appare dominante in dottrina, in linea con l'opinione attuale della Corte, concepisce la nozione costituzionale di materia penale come «una costruzione a “geometria variabile” [in cui le] aree di operatività dei principi penalistici [hanno] confini mobili [e] mutano a seconda della *ratio* di garanzia da cui essi sono animati»¹³⁴.

Nel contesto di questa impostazione – efficacemente definita in letteratura “agnostico-relativistica” in quanto basata sul presupposto che non sia possibile postulare una nozione costituzionale unitaria di materia penale¹³⁵ – è stato peraltro già sostenuto che dovrebbero essere considerati applicabili a tutte le forme di esercizio del potere di punire anche i principi di personalità della responsabilità penale e di colpevolezza in quanto la loro *ratio* sarebbe inscindibilmente connessa a ogni forma di punizione¹³⁶. Non sarebbe estensibile invece il principio rieducativo che – in linea con l'interpretazione tradizionale che ritiene che esso sia rivolto soprattutto alla fase esecutiva della pena – sarebbe «non [inerente] tanto alla finalità della misura o ai suoi presupposti, quanto al suo reale contenuto afflittivo» (incidente sulla libertà personale)¹³⁷. Allo stesso modo sarebbe da escludere la riferibilità dei principi di offensività ed *extrema ratio* al diritto non formalmente penale in quanto tali principi sarebbero «funzionali proprio a segnare il campo del diritto penale in senso stretto dalle altre forme di reazione punitiva»¹³⁸.

Prima degli ultimi sviluppi giurisprudenziali, nel tentativo di ridare un qualche ordine sistematico alla materia, erano stati peraltro formulati in letteratura alcuni possibili modelli generali, costruiti su una nozione differenziata di materia penale e comprensivi del diritto formalmente e sostanzialmente penale. Ad esempio, una ricostruzione molto citata distingueva tra misure afflittive formalmente penali (sottoposte alle garanzie costituzionali), misure afflittive solo sostanzialmente penali (sottoposte alle garanzie convenzionali) e misure afflittive non penali (sottoposte ai principi generali di legalità e

¹³⁴ F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, G. Giappichelli, 2017, 73; poi nello stesso L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 205 ss., che sottolinea come tale impostazione sia preferibile in ragione dello scopo antielusivo dell'introduzione di una “nozione sovra-legale” di materia penale accanto alla nozione formale che, per funzionare, comporterebbe sempre la necessità di valutare la *ratio* delle singole garanzie per determinarne se il legislatore ha inteso in concreto eluderla o meno (206 ss.).

¹³⁵ A. GARGANI, *Depenalizzazione e “materia penale”. La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza*, in *Criminalia*, 2018, 158.

¹³⁶ F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, G. Giappichelli, 2017, 71 ss. e 130 ss.; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 245.

¹³⁷ L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 246.

¹³⁸ L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 246, per cui appunto «una loro estensione alla materia punitiva in senso lato ne comporterebbe l'inevitabile riduzione a semplici parametri di razionalità e proporzionalità della reazione punitiva».

proporzionalità)¹³⁹. Questo modello tuttavia – attribuendo alla qualificazione formale della sanzione la funzione di delimitare il primo gruppo di misure dal secondo in linea con l’approccio autonomista nella sua versione massimale sopra ricostruita – è stato sostanzialmente superato dall’evoluzione della giurisprudenza costituzionale che ho descritto.

3.2.2. *La tesi della nozione unitaria ma di grado*

Accanto a queste concezioni frammentate, è stata prospettata in dottrina anche l’idea di concepire sul piano costituzionale la materia penale in maniera *unitaria ma graduata*, ammettendo cioè la possibilità di una flessibilizzazione di alcune garanzie al di fuori dei casi inerenti all’*hard core* del diritto penale¹⁴⁰. In questa prospettiva alternativa la qualificazione legislativa della sanzione non conserva più alcun valore determinante dato che l’*hard core* del diritto penale (assistito in ogni caso da garanzie non graduabili) corrisponderebbe ai soli «*mala in se* e comunque ai reati di maggiore gravità»¹⁴¹.

La formalizzazione di una simile prospettiva, costruita su un concetto di materia penale di grado per il momento solo accennato in letteratura, presupporrebbe tuttavia, in primo luogo, un’elaborazione dei criteri materiali per la definizione di cosa si possa considerare costituzionalmente penale, che allo stato dell’arte è pressoché assente¹⁴². L’argomentazione basata sulla *ratio* delle singole garanzie rispetto alla specifica misura di volta in volta considerata, propria sia dell’impostazione dottrinale delle “geometrie variabili” sia dell’approccio casistico adottato sinora dalla Corte, elude difatti, nella sostanza, la necessità di risolvere questo nodo teorico-sistematico.

In secondo luogo, per costruire una nozione graduata sarebbe necessario individuare anche i criteri di determinazione dei livelli di graduabilità delle garanzie (apparendo il riferimento ai *mala in se* non particolarmente pregnante, oltre che sfornito di qualsiasi supporto positivo).

¹³⁹ V. MANES, *Profili e confini dell’illecito para-penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3, 2017, 988-1007.

¹⁴⁰ F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 21, poi rilanciato – ancorché in termini dubitativi – in F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4, 2020, 1816.

¹⁴¹ F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 21.

¹⁴² Lo indica come “nodo fondamentale” lo stesso F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in F. CENTONZE e S. MANACORDA (a cura di), *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale: la garanzia della prevedibilità*, Milano, Giuffrè, 2021, 27-29. In letteratura, per ora, ha discusso in effetti analiticamente la questione solo L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 210 ss., che tuttavia adotta una prospettiva differenziata. In coerenza con tale impostazione generale, dalla sua analisi emerge in sintesi che 1) la verifica della finalità punitiva ha natura indiziaria del carattere penale di una misura (dovendosi preferire, sul punto, una valutazione logicamente attigua ma più generale riguardante il tipo di collegamento tra misura, commissione di un fatto illecito e omogeneità della reazione rispetto al danno causato, tale da poter ricomprendere anche alcune misure con finalità di prevenzione) (217); 2) il criterio dell’afflittività ha carattere meramente sussidiario (226); 3) restano dirimenti criteri sostanzialmente connessi alla *ratio* della garanzia della cui applicazione si sta discutendo (210-211).

In ogni caso, poi, coincidendo sostanzialmente con quella delineata in un *landmark case* EDU¹⁴³, una simile prospettiva dovrebbe anche fare i conti con la critica spesso rivolta a quest'ultima di riconoscere un eccessivo margine di discrezionalità giudiziaria sia in ordine alla determinazione dell'ambito di applicazione delle garanzie¹⁴⁴ sia, e a maggior ragione, in ordine alla loro potenziale graduabilità¹⁴⁵. Un simile livello di incertezza appare difatti difficilmente accettabile per una scienza giuridica come quella italiana ancora molto legata al modo di pensare tipico della tradizione di *civil law* e, comunque, potenzialmente problematica in una materia sensibile quale quella penale.

4. Definizione della domanda di ricerca e delle sue linee di sviluppo

Dalla ricostruzione dello stato del diritto costituzionale vivente e del connesso dibattito dottrinale emergono con sufficiente chiarezza i termini odierni del problema del potere punitivo come questione costituzionale.

Esso si articola lungo due dimensioni principali tra loro connesse. La prima, orizzontale, concerne il processo di liquefazione¹⁴⁶ della dogmatica novecentesca della punizione¹⁴⁷ quale fenomeno giuridicamente articolato in istituti strutturalmente ben distinti e l'emersione di una nozione di sanzione punitiva tendenzialmente unitaria sul piano costituzionale. La seconda, verticale, riguarda il sempre più elevato grado di

¹⁴³ Si tratta del noto caso *Jussila v. Finland* [GC] (2006) in cui la Corte EDU ha ammesso la possibilità di non tenere un'udienza pubblica, pur espressamente garantita dall'art. 6 CEDU, in considerazione del fatto che «*there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma. There are clearly "criminal charges" of differing weight. What is more, the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a "criminal charge" by applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law [...] Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency*» (§43). Sulla *pro-Jussila case law*, in realtà numericamente molto limitata, v. A. ANDRIJAUSKAITÈ, *Exploring the penumbra of punishment under the ECHR*, in *New Journal of European Criminal Law*, 4, 2019, 363-375.

¹⁴⁴ Sulla genericità dei criteri *Engel* utilizzati dalla CEDU, rilevata spesso in letteratura, v. già A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2010, 2326 a commento di Corte cost., sent. n. 196 del 2010; nonché più di recente F. GOSIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2, 2014, 337-357 e P. PROVENZANO, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e "materia penale"*, in *Rivista Italiana Diritto Pubblico Comunitario*, 6, 2018, 1088 ss.

¹⁴⁵ A. GARGANI, *Depenalizzazione e "materia penale". La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza*, in *Criminalia*, 2018, 159-160. Al riguardo v. anche l'opinione dissenziente del giudice Loucaides nel già citato *Jussila v. Finland* [GC] (2006).

¹⁴⁶ Riprendo qui la celebre metafora utilizzata da Z. BAUMAN, *Liquid modernity*, Cambridge, Polity 2000, per indicare la «*unholy trinity*» of uncertainty, insecurity and unsafety» che caratterizza la «*present historical condition of globalized capitalism*» (come sintetizzato in I. BUCHANAN, voce *Liquid modernity*, in *A Dictionary of Critical Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2010). Dà conto, in termini generali, di conseguenze analoghe della postmodernità sulla riflessione giuridica N. IRTI, *Nichilismo e concetti giuridici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2005.

¹⁴⁷ Sulla generale crisi della dogmatica penale ai tempi dell'uropeismo giudiziario v. diffusamente M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011, 40 ss.

integrazione (*embeddedness*)¹⁴⁸ dell'ordinamento costituzionale in ordinamenti sovranazionali, che ne influenzano il funzionamento pur in assenza di precisi vincoli giuridico-formali. La connessione tra queste due dimensioni è rappresentata dai diritti fondamentali, che operano quali agenti compatibilizzanti¹⁴⁹ sia, orizzontalmente, tra i diversi tipi di illecito punitivo sia, verticalmente, tra i diversi piani, costituzionale e convenzionale.

La mia domanda di ricerca riguarda come questi due fenomeni possano essere spiegati e valutati in una prospettiva costituzionale nonché quali conseguenze ordinamentali possa avere nel lungo periodo il passaggio da un modello interpretativo per la Costituzione penale basato su un'impostazione di diritto oggettivo (*rules-based*) a un modello incentrato sull'argomento della tutela dei diritti fondamentali (*rights-based*)¹⁵⁰.

Il lavoro è organizzato in due Parti e una Conclusione: le due Parti si concentrano sull'analisi del tema del potere punitivo lungo le due dimensioni identificate in una prospettiva d'indagine meta-costituzionale (rispettivamente di storia del pensiero costituzionale e di teoria costituzionale); la Conclusione affronta la questione nella prospettiva del diritto costituzionale.

In particolare, la Parte I contestualizza la trasformazione in corso nell'ambito del processo storico di costituzionalizzazione della politica criminale, inteso quale progressivo incremento dell'effettività della piena normatività della Costituzione nei

¹⁴⁸ Il termine *embeddedness*, nato nell'ambito della nuova sociologia economica di K. POLANYI, *The Great Transformation* (1944), Boston, Beacon Press, 1957 (spec. 57-61) ma successivamente circolato in molte altre aree di riflessione nell'ambito delle scienze sociali, è utilizzato per indicare la relazione di dipendenza informale di un certo fenomeno rispetto all'ambiente (relazionale, istituzionale, culturale ecc.) in cui esso si svolge. Sull'uso del termine nelle scienze sociali v. in generale A. SCHMIDT, voce *Embeddedness*, in *Encyclopedia Britannica*, 2019.

¹⁴⁹ Sulla capacità del discorso sui diritti fondamentali di «*mettre en compatibilité les norms de droit*» v. la riflessione fondamentale di M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme* (1986), Lonrai, Quadrige, 2004, 345 ss.

¹⁵⁰ Oltre che dall'analisi dei casi, la centralità dell'argomento della tutela dei diritti fondamentali è confermata dalla stessa *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta dalla Corte nell'anno 2018*, nella quale a giustificazione del superamento della tradizionale *deference* nei confronti del legislatore penale si legge espressamente che: «è sembrato sempre più inconcepibile che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi, una rinnovata sensibilità impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale» (13-14). In letteratura, dava conto di una tendenza all'intensificazione del sindacato costituzionale in materia penale connessa a una valorizzazione dei diritti fondamentali già V. MANES, *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1, 2015, 181 ss. Sottolineava il possibile cambio di prospettiva che avrebbe potuto determinare la progressiva implementazione del diritto convenzionale, quale diritto europeo dei diritti umani, già M. CHIAVARIO, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, Giuffrè, 1969, 1 ss. e spec. 13. Sull'argomento della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'attività giurisdizionale, in generale, v. G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, G. Giappichelli, 2008, 39 ss.

confronti del legislatore penale¹⁵¹. Essa traccia una storia dell'idea costituzionale di punizione mediante la ricostruzione dei modelli teorici, positivi e giurisprudenziali succedutisi nel tempo. L'analisi storica è organizzata in tre fasi, a cui mi riferirò con i termini pre-positiva, positiva e post-positiva: la prima è relativa alla riflessione filosofica precedente alle costituzioni (fase pre-positiva); la seconda riguarda il modello affermato in seguito all'approvazione della Costituzione repubblicana, sia nelle sue ricostruzioni dottrinali sia nelle sue concrete applicazioni (fase positiva); la terza riguarda i nuovi modelli emersi al tempo del costituzionalismo oltre lo Stato (fase post-positiva). Quest'indagine mira a evidenziare il contesto in cui è sorta e si è affermata la distinzione formale tra sanzione penale e altre sanzioni punitive, il tipo di argomentazione giuridica che l'ha sostenuta e il ruolo di quest'ultima nel processo storico di costituzionalizzazione della politica criminale.

La Parte II affronta invece la questione dell'integrazione tra Costituzione penale e CEDU. La questione centrale della mia riflessione è lo studio dell'armonizzazione degli ambiti di applicazione e dei contenuti delle garanzie penalistiche costituzionali e convenzionali nella prospettiva della teoria costituzionale delle fonti e dell'interpretazione della Costituzione. Prendendo a prestito per chiarezza alcuni termini della tradizione analitica¹⁵², l'analisi si svolgerà in prima battuta sul piano della metateoria costituzionale (ossia della descrizione di quali teorie costituzionali delle fonti o dell'interpretazione possono spiegare il fenomeno dell'armonizzazione) e, in seconda battuta, su quello della teoria costituzionale normativa (ossia dell'argomentazione pratica del perché una di queste teorie dovrebbe essere preferita rispetto alle altre). Nella pratica, ciò equivale, da un lato, a valutare il grado di sostenibilità delle impostazioni moniste promosse dai sostenitori delle tesi integrazioniste e, dall'altro, a considerare la possibilità di spiegare il fenomeno dell'armonizzazione ricorrendo a una teoria dell'interpretazione slegata da una rivisitazione della teoria delle fonti comunemente accettata e, dunque, che non presupponga il riconoscimento alla CEDU di una posizione nella gerarchia delle fonti più elevata di quella riconosciuta dalle sentenze gemelle.

Nella Conclusione affronterò infine il problema sostanziale rappresentato dal potere punitivo come questione costituzionale in una prospettiva orientata alla sua piena costituzionalizzazione e alla massima integrazione sovranazionale possibile e, dunque, costruita a partire dai risultati raggiunti nelle prime due Parti del lavoro.

In particolare, proverò a sviluppare gli elementi essenziali di un paradigma interpretativo della Costituzione penale fondato su nozioni autonome di "punizione",

¹⁵¹ Sulla Costituzione come processo e sugli alternanti momenti di costituzionalizzazione e de-costituzionalizzazione attinenti a tale concezione dinamica della norma costituzionale v. A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero dalla continua "evoluzione" del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 1998, pp. 343-422 (spec. 391 ss. e 418).

¹⁵² Sulle distinzioni tra etica, meta-etica, etica normativa, dalle quali mi muovo per analogia, cfr. U. SCARPELLI, *La meta-etica analitica e la sua rilevanza etica*, in ID., *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982, 74-75. Alcune di queste categorie sono peraltro state già impiegate anche in altri scritti giuridici sulla teoria costituzionale, per cui v., ad es., O. CHESSA, *Che cos'è la Costituzione? La vita del testo*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2008, 62.

“pena” e “materia penale” e su un’impostazione di diritto soggettivo (*rights-based*), ossia un paradigma che prenda sul serio l’argomento dell’incisione del potere punitivo sui diritti fondamentali della persona umana. Nel contesto di questo modello, esaminerò criticamente la differenziazione che tuttora residua nel diritto costituzionale vivente tra statuto costituzionale generale della punizione e statuto costituzionale particolare della sanzione penale. Esplorerò quindi le conseguenze ordinamentali dell’estensione dell’operatività dei principi della Costituzione penale a ogni forma di esercizio del potere punitivo. Nel farlo, cercherò altresì di mostrare come, su un piano più generale, le ragioni di un neocostituzionalismo¹⁵³ penale, quale dottrina giuridica postulante una piena costituzionalizzazione della politica criminale fondata sul principio di tutela dei diritti fondamentali, non si pongano mai realmente in contrasto con l’esigenza, anch’essa di ordine costituzionale, di assicurare il rispetto dell’ampia discrezionalità che deve spettare al legislatore democratico in questa materia.

¹⁵³ Sul significato del termine, di recente, per tutti G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2011, 966 ss. (spec. la proposta di pulizia linguistica e concettuale nel par. 1.1) e G. BONGIOVANNI, voce *Neocostituzionalismo*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011, 749 ss. e S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2008, 405-417; sulla connessione con i diritti fondamentali spec. 109 e prima, in generale, già T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, G. Giappichelli, 2002. Sul tema v. *funditus* S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, G. Giappichelli, 2001.

PARTE I

CONTESTUALIZZAZIONE DEL PROBLEMA
NELL'AMBITO DELLA STORIA DELL'IDEA COSTITUZIONALE
DI POTERE PUNITIVO

SOMMARIO GENERALE. 1. Premessa metodologica e scopi della ricostruzione di una storia recente dell'idea costituzionale di punizione. – 2-4. SEZIONE I: La fase pre-positiva. – 5-9. SEZIONE II: La fase positiva. – 10-12. SEZIONE III: La fase post-positiva. – 13-14. SEZIONE IV: Osservazioni conclusive. – ANNESSO 1. Tavola sinottica di confronto dei caratteri degli approcci tradizionale, costituzionalistico ed EDU.

1. Premessa metodologica e scopi della ricostruzione di una storia recente dell'idea costituzionale di punizione

Nonostante la scienza giuridica – e la scienza costituzionale in particolare – sia oggi meno legata alla tradizione formalista orlandiana¹ rispetto al passato², la scelta di dedicare un capitolo alla ricostruzione della storia costituzionale dell'idea di potere punitivo nel contesto di un lavoro il cui oggetto di studio primario resta una questione particolare di diritto positivo italiano richiede ancora un'adeguata spiegazione.

¹ V. V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico. Contributo alla storia del diritto pubblico italiano nell'ultimo quarantennio (1885-1925)*, Modena, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena, 1925, 1-31. Tra le opere più recenti sul pensiero di V.E. ORLANDO v. *funditus* V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Bari, Cacucci editore, 2018 e F. CORTESE, C. CARUSO e S. ROSSI (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano, Franco Angeli, 2020, dove, peraltro, la tradizionale vulgata che riconduce a ORLANDO l'avvio, in Italia, dell'indirizzo formalistico della giuspubblicistica viene fortemente criticata (al riguardo, *cfr.* in part. M. MAZZAMUTO, *Orlando uno e trino versus Orlando dimenticato o immaginario*, *ivi*, 309 ss. e, nel senso che al "formalismo orlandiano" non va comunque riconosciuta una valenza negativa, R. BIN, *Orlando reloaded?*, *ivi*, 395 ss.). Per chiarezza, con "formalista" intendo nel testo riferirmi ai caratteri generale di astrattezza, concettualismo e storicismo *à la* VON SAVIGNY del metodo propugnato da ORLANDO e, in particolare, alla necessità di una maggiore separazione del discorso giuridico-costituzionale dal discorso filosofico (così, espressamente, V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico. Contributo alla storia del diritto pubblico italiano nell'ultimo quarantennio (1885-1925)*, Modena, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena, 1925, 7 e 11 ss.). Sul pluralismo metodologico nella letteratura costituzionalista ai tempi di ORLANDO v. anche M. GALIZIA, voce *Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, 968 ss.

² Per una ricostruzione del dibattito dottrinale sul ruolo della storia negli studi costituzionalistici v. per tutti L. PALADIN, *La questione del metodo nella storia costituzionale*, in *Quaderni fiorentini*, 26, 1997, 243-263, ora in ID. (a cura di S. BARTOLE), *Saggi di storia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, 13-34, spec. 13-16. Sul tema, successivamente, v. anche C. PINELLI, *Diritto e Storia costituzionale*, in *Giornale di storia costituzionale*, 1, 2001, 17 ss.

Come ho cercato di descrivere dettagliatamente nell'Introduzione, alla base della mia ricerca si pone un recente mutamento nell'interpretazione (di parte) della Costituzione penale, che, dopo più di cinquant'anni di giurisprudenza di segno contrario, la Corte costituzionale ha deciso di applicare anche a sanzioni punitivo-afflittive non qualificate dal legislatore come formalmente penali sulla scorta dell'argomento della necessità di tutelare i diritti fondamentali.

L'analisi delle pronunce che esprimono questo nuovo orientamento risponde alle aspettative di una scienza giuridica meramente descrittiva³, per la quale – una volta accertato che il testo costituzionale consente la nuova interpretazione così come la vecchia⁴ – non sarebbe possibile dire nient'altro, se non che la trasformazione in atto è il risultato di un legittimo esercizio di discrezionalità giudiziaria (o, meglio, di politica costituzionale della Corte)⁵. Al di là del suo scarso apporto conoscitivo, tuttavia, una simile conclusione non può certamente considerarsi soddisfacente per una scienza costituzionale che rivendichi per sé un ruolo di scienza critica⁶, per la quale la ricostruzione condotta sin qui rappresenta non più che un punto di partenza.

In questa più ampia prospettiva, la contestualizzazione storica della trasformazione costituzionale in atto può contribuire a offrire alcuni punti di riferimento per un'analisi critica del cambiamento in corso che non si risolva nell'espressione di un giudizio di preferenza puramente soggettivo dell'interprete. Si tratta, cioè, di tentare di situare questo cambiamento nel più ampio fenomeno sociale dell'evoluzione dei rapporti tra costituzionalismo (inteso come teoria politica normativa⁷) e potere punitivo, sia nella storia del pensiero giuridico-filosofico sia in quella dei sistemi penali reali. In un simile contesto è difatti possibile provare a valutare se rispetto a tale complesso processo storico

³ Per una critica a questa tendenza della nostra disciplina, tra altri, v. G. AZZARITI, *I costituzionalisti al tempo di Babele*, in *Diritto pubblico*, 3, 2010, 749-760, nonché, più di recente, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi*, 12, 2021, 171-172 e 176. Sulla necessità di una dottrina militante orientata alla realizzazione degli obiettivi sociali sottesi agli ordinamenti vigenti v. A. MORRONE, *Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 4, 2020, 749.

⁴ Come già sottolineato *supra*, è quanto rileva anche la Corte costituzionale quando nella sent. 196 del 2010 afferma che «l'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 senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulta già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato» (sottolineatura aggiunta).

⁵ Per una nozione di positivismo compatibile con il riconoscimento della natura non puramente dichiarativa dell'attività giurisdizionale v. già N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, 125.

⁶ È un'espressione che ha già riferito alla scienza costituzionale G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Bari, Laterza, 2010, 13.

⁷ Sulla distinzione tra costituzione e costituzionalismo cfr. A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in ID. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Urbino, Editori Laterza, 1997, 3. Più diffusamente sul costituzionalismo come concetto normativo v. N. MATTEUCCI, voce *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. II, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1992, ora in https://www.treccani.it/enciclopedia/costituzionalismo_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/.

di *costituzionalizzazione* il mutamento in corso si ponga in linea di continuità o di rottura, comprendere quali siano i suoi presupposti e ipotizzarne future tendenze di sviluppo.

Peraltro, siccome dello stesso costituzionalismo come filosofia si danno nella tradizione europea differenti versioni⁸, una simile contestualizzazione storica può anche servire a indicare verso quale tra esse gli ordinamenti giuridici positivi (e, nello specifico, l'ordinamento costituzionale italiano) si stiano concretamente muovendo.

Strutturata in questo modo, vale a dire quale termine di valutazione di un fenomeno presente, l'impostazione della mia ricerca storica dovrebbe porsi al riparo dal rischio di fare «storia a tesi»⁹.

In secondo luogo, la ricostruzione del discorso costituzionale sul potere punitivo – e in particolare sul cosiddetto pluralismo punitivo (ossia sull'esistenza di diversi *tipi* di sanzioni) – è finalizzata a mettere in luce i *modi argomentativi* che ne hanno caratterizzato le stagioni e a evidenziarne i presupposti teorico-politici. Indipendentemente dalla questione della costituzionalizzazione intesa come obiettivo, dunque, la mia ricerca in questa seconda prospettiva più descrittiva tenta di chiarire meglio quali siano i termini dei giudizi di valore che l'interprete compie (in genere solo implicitamente) quando si esprime sulla natura unitaria o meno del potere punitivo a livello costituzionale.

Chiarite le finalità della ricostruzione, è opportuno giustificare l'articolazione del lavoro. La sezione I di questa Parte è dedicata allo studio della questione della pena nel contesto delle dottrine politiche¹⁰ che costituiscono le basi filosofiche del costituzionalismo¹¹. A differenza di altre indagini più generali sulla filosofia della pena¹²,

⁸ Per la nota distinzione generale fra costituzionalismo politico e costituzionalismo giuridico v. da ultimo G. PINO, *Diritti fondamentali*, in C. CARUSO e C. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, Il Mulino, 2021, 207 ss.; nel contesto del costituzionalismo giuridico, v. poi le ulteriori distinzioni di L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2010, 2771-2816; sotto altro aspetto, sottolinea la maggiore dimensione politica del costituzionalismo continentale rispetto al costituzionalismo britannico M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2006, 1643-1668 e spec. par. 5; più in generale sul tema della polisemia del termine “costituzionalismo” v. già A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2003.

⁹ L. PALADIN, *La questione del metodo nella storia costituzionale*, in *Quaderni fiorentini*, 26, 1997, 243-263, ora in ID. (a cura di S. BARTOLE), *Saggi di storia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, 30.

¹⁰ Sulla rilevanza per la storia costituzionale delle «teorie politiche» e dello stesso pensiero giuridico [nei] casi in cui rappresenti[no] un fattore causale (o una giustificazione) di comportamenti costituzionalmente significativi» cfr. sempre L. PALADIN, *La questione del metodo nella storia costituzionale*, in *Quaderni fiorentini*, 26, 1997, 243-263, ora in ID. (a cura di S. BARTOLE), *Saggi di storia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, 27-28.

¹¹ Mi baso ai fini della limitazione di campo su A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in ID. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Urbino, Editori Laterza, 1997, 3 ss. e, dunque, sui principali esponenti dei filoni che lì sono individuati: in particolare, quello liberaldemocratico di ispirazione anglosassone (Hobbes, Locke, Montesquieu) e quello democratico radicale (Rousseau), a cui si aggiunge il pensiero kantiano, che pure appartiene alla tradizione contrattualistica.

¹² Per importanza e ampiezza dello studio, da ultimo, v. ad es. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari, Editori Laterza, 2000, 191 ss.; in precedenza un'indagine generale sulla filosofia politica della pena nella letteratura italiana si trova in F. COSTA, *Delitto e pena nella storia della filosofia*, Milano, Facchi Editore, 1924. Nella letteratura straniera v. ad es. Z. HOSKINS e A. DUFF, voce *Legal Punishment*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2022 Edition)*, 2022.

mi limiterò qui a considerare quelle dottrine politiche il cui rapporto storico con il costituzionalismo europeo è comunemente riconosciuto dalla dottrina di diritto pubblico. Sotto questo aspetto, pertanto, il mio punto di vista si differenzia da quello della teoria classica del diritto penale¹³. La sintesi dei contenuti di queste teorie politiche rappresenta uno dei parametri che utilizzerò nelle sezioni successive per valutare il *grado di costituzionalizzazione* raggiunto attraverso i differenti approcci giuridici al problema penale che si sono affermati nell'epoca contemporanea. Siccome le riflessioni che considererò si collocano *prima* dell'avvento di un diritto costituzionale positivo, mi riferisco a questa prima fase come *pre-positiva*.

Nelle sezioni II e III ricostruirò quindi lo sviluppo del pensiero costituzionalistico nel contesto della riflessione giuridica nazionale e sovranazionale¹⁴ in connessione all'approvazione, interpretazione e applicazione, in particolare, della Costituzione repubblicana e della CEDU. Anche se da un punto di vista strettamente cronologico la riflessione costituzionalistica nazionale e sovranazionale in parte si sovrappongono, le descriverò separatamente dato che esse hanno a lungo proceduto in modo indipendente l'una dall'altra. Seguendo lo stesso criterio di denominazione enunciato sopra, chiamo la prima fase *positiva* e la seconda – per l'assenza nello spazio legale sovranazionale di un diritto costituzionale positivo in senso tecnico (o, forse meglio, in senso tradizionale)¹⁵ – *post-positiva*.

La sezione IV, infine, è dedicata allo sviluppo di alcune osservazioni conclusive sui profili sopra indicati e, in particolare, sui rapporti che intercorrono tra *modi argomentativi* e *costituzionalizzazione* con specifico riferimento alla questione del pluralismo punitivo, nonché sulle future prospettive di questo processo storico-politico.

Su un piano più generale, la ricostruzione di una storia costituzionale dell'idea di punizione complessivamente considerata dovrebbe anche servire a mettere in luce e delimitare alcuni aspetti fondamentali degli studi giuridici sulla questione penale che, per

¹³ In linea di principio quest'ultima non è difatti tenuta a tenere conto dei valori del costituzionalismo o della Costituzione, ben potendosi dare una teoria del diritto penale incompatibile con il diritto costituzionale positivo. Al riguardo, si pensi al tradizionale dibattito sulle finalità della pena (su cui, in prospettiva di teoria generale appunto, v. M.A. CATTANEO, *Pena (fil. dir.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 701-7011), che tra i penalisti è proseguito a lungo in maniera sostanzialmente indipendente dalle coordinate costituzionali (com'è, peraltro, necessario per evitare un approccio legalistico a una questione filosofica, ma che, nella pratica e a causa forse di una confusione tra piani, ha a lungo contribuito alla inattuazione dell'art. 27 Cost., su cui cfr. A. AVERARDI, *La costituzione «dimenticata»*. *La funzione rieducativa della pena*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2021, 152).

¹⁴ Sui termini di applicabilità della categoria del costituzionalismo al diritto internazionale, allo stato, v. A. PETERS, *Constitutionalisation (March 27, 2017)*, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2017-08*, 2017, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=2941412>, nonché, più diffusamente, R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista AIC*, 4, 2014 e già J. KLABBERS, A. PETERS e G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

¹⁵ Adotto qui la nozione comunemente accolta nella letteratura italiana di diritto costituzionale, nonostante la Corte EDU abbia a più riprese qualificato la CEDU un «*constitutional instrument of European public order*», come da ultimo ripetuto in *A.A. and others v. North Macedonia* (2022). Anche nella dottrina nazionale, comunque, non mancano voci autorevoli che, in una prospettiva sostanzialista, riconoscono «natura costituzionale» alla CEDU (v. per tutti A. RUGGERI, *La CEDU e la giurisprudenza convenzionale in cammino (spunti ricostruttivi offerti da un commentario)*, in *Diritti comparati*, 2, 2021, 134 e nota n. 13.

tradizione disciplinare, in Italia sono stati e vengono tuttora coltivati dai soli studiosi di diritto penale¹⁶, ma che la riflessione costituzionalistica, credo, non dovrebbe invece più completamente trascurare. Ferma restando la sua autonoma rilevanza quale questione filosofica, infatti, la *giustificazione del potere di punire* rappresenta, nella più ristretta prospettiva del diritto positivo degli ordinamenti giuridici contemporanei, un problema di natura costituzionale. Ciò è vero, ovviamente, per qualsiasi potere pubblico, ma rappresenta una questione particolarmente importante per quello di punire, sia in ragione della sua intima connessione con la realizzazione dei valori ultimi dello Stato e dell'effettività del suo ordinamento¹⁷, sia, e soprattutto, perché più di ogni altro potere pubblico quello di punire definisce il rapporto tra autorità e individuo che si dà in una determinata società¹⁸.

¹⁶ Si tratta, del resto, di una tendenza non solo italiana dato che, come nota A. VON BOGDANDY parlando della nozione europea di diritto pubblico, «*Public law is the law that institutes, enables, guides, and constrains the exercise of public authority [...] That includes criminal law, as punishing is often seen as the ultimate means and symbol of public authority; however, due to historical paths, symbolic functions, and specific protective features for criminal law's grave impact on individuals, it is conventionally conceived as a separate field of law*» (A. VON BOGDANDY, A., *The Idea of European Public Law Today - Introducing the Max Planck Handbooks on Public Law in Europe (March 15, 2017)*. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2017-04, ora in A. VON BOGDANDY, P.M. HUBER, e S. CASSESE (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume 1. The Administrative State*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 13). Nel contesto dottrinale italiano, in particolare, il coinvolgimento dei costituzionalisti nel dibattito penalistico ha generalmente riguardato temi specifici di giustizia costituzionale e il diritto penitenziario (alludo in particolare al ricco filone di studi costituzionalistici sui diritti dei detenuti, a cui appartiene, ad es., M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014).

¹⁷ Cfr. F. COSTA, *Delitto e pena nella storia della filosofia*, Milano, Facchi Editore, 1924, 13, che inizia la sua storia della filosofia della pena affermando che «l'idea del delitto e della pena sorge nella società insieme a quella dello Stato e del diritto».

¹⁸ Cfr. *funditus* L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari, Editori Laterza, 2000, 194, dove si legge che «il problema della legittimazione o giustificazione del diritto penale, conseguentemente, investe alle radici la questione stessa della legittimità dello Stato, della cui sovranità il potere di punire [...] è senz'altro la manifestazione più violenta, più duramente lesiva dei fondamentali interessi del cittadino e maggiormente suscettibile di degenerare nell'arbitrio».

SEZIONE I LA FASE PRE-POSITIVA

SOMMARIO DELLA SEZIONE. 2. Basi filosofiche del costituzionalismo e potere punitivo. – 2.1. Hobbes. La punizione tra potere naturale e potere giuridico. – 2.1.1. *Segue*: La definizione di punizione e i suoi corollari. – 2.1.2. *Segue*: Un primo accenno al dualismo punitivo? – 2.2. Locke. Il potere punitivo come potere attribuito allo Stato nei limiti di quanto necessario a tutelare la proprietà. – 2.2.1. *Segue*: Il principio di proporzionalità: doppio fondamento e limite epistemologico – 2.2.2. *Segue*: Il rapporto tra punizione e riparazione. – 2.3. Montesquieu. La dimensione istituzionale del potere di punire – 2.3.1. *Segue*: La necessaria razionalità della scala punitiva e le distinzioni interne alla materia penale. – 2.4. Rousseau. Il fondamento giuridico del potere di punire: il consenso alla propria punizione – 2.4.1. *Segue*: La connessione tra questione sociale e questione penale. – 2.5. Kant. Il fondamento morale della sanzione penale e le sue conseguente. – 2.5.1. *Segue*: La teorizzazione della sanzione “amministrativa” quale punizione di diretta emanazione del potere esecutivo. – 2.6. Sintesi dei caratteri del modello storico di teoria costituzionale della punizione. – 3. Analisi del concetto di teoria costituzionale della punizione e discussione della sua rilevanza per gli studi costituzionalistici. – 4. *Segue*: Il pluralismo punitivo collocato nella teoria costituzionale della punizione.

2. Basi filosofiche del costituzionalismo e potere punitivo

Una storia dell’idea costituzionale di punizione deve partire dalla ricostruzione delle giustificazioni della pena offerte dai pensatori delle tradizioni filosofiche giusnaturalistiche, contrattualistiche e razionalistiche, a cui si fa in genere risalire il pensiero costituzionalistico contemporaneo¹⁹.

Nella mia idea, il valore di questa ricostruzione preliminare, oltre che storico²⁰, è anche metodologico, nel senso che può contribuire a evidenziare *come si struttura un discorso costituzionale sulla punizione*. È forse necessaria, al riguardo, un’ultima precisazione. Mediante la ricostruzione dei lineamenti della prima filosofia costituzionalistica sulla pena non voglio sostenere che l’interpretazione della Costituzione italiana dovrebbe essere direttamente influenzata dall’opinione di questi pensatori classici, ma soltanto evidenziare alcune coordinate fondamentali con cui la teoria costituzionale contemporanea dovrebbe, quanto meno, confrontarsi. D’altronde, se è vero che anche l’esperienza costituzionale italiana è al tempo stesso un prodotto e un formante del costituzionalismo, inteso come dottrina politica storica, la rilevanza di uno

¹⁹ Cfr. A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in ID. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Urbino, Editori Laterza, 1997, 3 ss. e *supra* nota n. 10.

²⁰ Al riguardo L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari, Editori Laterza, 2000, 195 rileva che lo studio delle giustificazioni filosofiche del diritto punitivo non è interessante «solo per la storia delle idee, ma anche per la loro immediata rilevanza nella costruzione dei sistemi penali» giacché, «forse più che in altri settori istituzionali, le diverse culture giuridico-filosofiche hanno sempre avuto, infatti, una diretta incidenza pratica nella configurazione delle forme e delle strutture delle istituzioni punitivi e di riflesso nella scienza giuridica».

studio come questo nell'ambito dell'approfondimento di alcuni profili della teoria costituzionale della punizione contemporanea mi sembra difficilmente discutibile²¹.

La produzione degli autori che analizzerò in questa sezione si colloca tutta tra il XVII e il XVIII secolo. Per contestualizzare la loro riflessione filosofica si deve quindi tenere conto che fino all'avvio dei movimenti di riforma illuministici i sistemi penali europei non erano completamente legificati, si caratterizzavano per l'inflizione di pene esemplari, per lo più corporali e crudeli, ed erano affidati a magistrature in genere non professionali, che spesso operavano in concorrenza a sistemi di repressione privata nonostante gli sforzi accentratori delle autorità pubbliche²².

È significativo che il movimento di pensiero che porterà, in alcuni secoli, all'affermazione in Europa del modello dello Stato costituzionale nasca proprio in un simile contesto di sostanziale assenza di tutela per la libertà personale e l'integrità fisica. Come si vedrà, infatti, il processo di costituzionalizzazione dello Stato – secondo le due anime fondamentali del costituzionalismo come *limite al potere* e *garanzia di partecipazione al suo esercizio*²³ – è stato, prima di tutto, un processo di *progressiva limitazione e democratizzazione* del potere che più di tutti incide sulla libertà umana, quello di punire.

2.1. *Hobbes. La punizione tra potere naturale e potere giuridico*

Maurizio Fioravanti individua in Thomas Hobbes il punto di partenza della storia del costituzionalismo delle rivoluzioni²⁴. La teoria politica di Hobbes, in effetti, è ancora un vero e proprio *topos* della letteratura costituzionalistica italiana, in cui il *Leviathan* è tuttora generalmente citato quale pietra miliare del discorso giuridico-filosofico sulla

²¹ In particolare, l'analisi storica mi sembra poter contribuire a chiarire – laddove ciò non emerga chiaramente dalle scelte del costituente positivo – alcune premesse valoriali su cui dovrebbe essere fondata un'adeguata teoria costituzionale. Questo approccio metodologico discende da (o, perlomeno, mi sembra coerente con) l'adozione di una prospettiva di teoria del diritto giuspositivista che prenda sul serio la critica dworkiniana sui *theoretical disagreement* formulata in *The Model of Rules II* nel modo indicato da S.J. SHAPIRO, *The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed*, in A. RIPSTEIN (a cura di), *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 43 ss. (poi sviluppato in ID., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2013, spec. 381 ss.) e, dunque, rispettosa del fondamentale e tradizionale criterio metodologico del punto di vista interno, indicato quale elemento distintivo della scienza giuridica da U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Rivista diritto processuale*, 4, 1971, 553-574. In generale sulla connessione tra esperienze costituzionali contemporanee e costituzionalismo come teoria normativa storicamente determinata di secolarizzazione del diritto naturale cfr. anche A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, G. Giappichelli, 2005, 227.

²² Cfr. R. MARTINAGE, *Histoire du droit pénal en Europe*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, 6 ss.; sui caratteri del diritto penale in generale in questo periodo v. anche M. MECCARELLI, *Criminal Law: Before a State Monopoly*, in H. PIHLAJAMAKI, M.D. DUBBER e M. GODFREY (a cura di), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 632 ss.

²³ Così A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in ID. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Urbino, Editori Laterza, 1997, 18.

²⁴ Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Bari, Editori Laterza, 2009, 22.

categoria della sovranità²⁵. Anche la storia dell'idea costituzionale di punizione si può dunque far partire da qui. Ciò vale a maggior ragione se si considera che tra i diritti che per Hobbes costituiscono l'essenza della sovranità²⁶ rientra proprio:

«the Power of [...] Punishing with corporall, or pecuniary punishment, or with ignominy every Subject according to the Law he hath formerly made; or if there be no Law made, according as he shall judge most to conduce to the encouraging of men to serve the Common-wealth, or deterring of them from doing dis-service to the same»²⁷.

La riflessione sul potere di punire è da collocare, chiaramente, nel quadro della più generale teoria politica hobbesiana²⁸ secondo la quale – com'è noto – gli uomini, guidati dalla legge di natura, danno origine allo Stato mediante un *accordo tra pari* con cui ognuno accetta di sottomettersi a un potere civile al fine di essere protetto contro tutti gli altri²⁹. In particolare, il fondamento dei poteri legali dello Stato discende, per Hobbes, da un *meccanismo di autorizzazione* che segue questo modello:

«I Authorise and give up I my Right of Governing my selfe, to this Man, or to this Assembly of men, on this condition, that you give up thy right to him, and Authorise all his Actions in like manner. This done, the Multitude so united in one Person, is called a COMMON-WEALTH»³⁰.

In linea con tali concetti fondamentali si potrebbe pensare che anche il potere di punire fosse concepito fin dall'origine del pensiero costituzionalistico quale potere civile *attribuito* allo Stato e, dunque, funzionalizzato alla garanzia della pace, dell'autopreservazione e di una vita più soddisfacente rispetto alla condizione umana nello stato di natura³¹. Senonché, muovendo da alcuni passaggi successivi riguardanti

²⁵ Così, ad esempio, in A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 25 ss., ma anche nell'ambito della riflessione di O. CHESSA, *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità, rappresentanza*, Milano, Mimesis, 2019.

²⁶ In lingua originale «*make the Essence of Sovereignty*» nel testo originale (cfr. T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XVIII, 139).

²⁷ T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XVIII, 138; in italiano T. HOBBS, *Leviatano (1651)*, trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XVIII, 192, «il potere di [...] punire con punizioni corporali o pecuniarie o con l'ignominia ogni suddito, secondo la legge da lui fatta precedentemente, oppure, se non c'è una legge, secondo ciò che egli giudicherà contribuisca di più ad incoraggiare gli uomini a servire lo stato o a distoglierli dal fare ad esso un disservizio».

²⁸ In una letteratura vastissima, v. per i riferimenti generali N. BOBBIO, *Thomas Hobbes*, Torino, Einaudi, 1989; A. MARTINICH e K. HOEKSTRA (a cura di), *The Oxford Handbook of Hobbes*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 293 ss.; T. SORELL, voce *Hobbes, Thomas (1588-1679)*, in *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, 2002; S.A. LLOYD e S. SREEDHAR, voce *Hobbes's Moral and Political Philosophy*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2020 Edition)*, 2018.

²⁹ Cfr. T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XVIII, 128 ss.; in italiano T. HOBBS, *Leviatano (1651)*, trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XVIII, 184 ss.

³⁰ T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XVII 132; in italiano T. HOBBS, *Leviatano (1651)*, trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XVII, 181-182: «io autorizzo e cedo il mio diritto di governare me stesso, a quest'uomo, o a questa assemblea di uomini a questa condizione, che tu gli ceda il tuo diritto, e autorizzi tutte le sue azioni in maniera simile. Fatto ciò, la moltitudine così unita in una persona viene chiamato uno STATO».

³¹ Cfr. T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XVIII, 128; in italiano T. HOBBS, *Leviatano (1651)*, trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XVIII, 184.

specificamente il diritto di punire del sovrano, l'interpretazione tradizionale ritiene che esso, in realtà, si sottragga eccezionalmente al descritto meccanismo di autorizzazione e che il suo fondamento derivi direttamente dal diritto naturale³². Il passaggio in questione, che ha dato origine a questioni lungamente dibattute nella letteratura secondaria e che vale dunque la pena riportare per intero, è precisamente il seguente:

«There is a question to be answered, of much importance; which is, by what door the Right, or Authority of Punishing in any case, came in. For by that which has been said before, no man is supposed bound by Covenant, not to resist violence; and consequently it cannot be intended that he gave any right to another to lay violent hands upon his person. [...] before the Institution of Common-wealth, every man had a right to everything, and to do whatsoever he thought necessary to his own preservation [...] And this is the foundation of that right of Punishing, which is exercised in every Common-wealth. For the Subjects did not give the Sovereign that right; but onely in laying down theirs, strengthened him to use his own, as he should think fit for the preservation of them all; so that it was not given, but left to him, and to him onely; and (excepting the limits set him by naturall Law) as entire, as in the condition of meer Nature, and of warre of everyone against his neighbour»³³.

Nel pensiero di Hobbes, dunque, la difficoltà logica di fondare il diritto di punire sul meccanismo dell'autorizzazione deriva dal fatto che il patto che dà origine allo Stato non può obbligare i soggetti a subire violenze poiché l'unico fine di tale patto è, all'opposto, la protezione dalla violenza³⁴.

Anche se l'impossibilità di offrire una legittimazione politico-giuridica della punizione diversa dal diritto naturale è stata considerata, nell'ambito del dibattito filosofico successivo, una mancanza tale da far entrare in crisi l'intera teoria dello Stato che sorregge il *Leviathan*³⁵, nella più limitata prospettiva della mia ricerca il dato

³² Cfr. M.A. CATTANEO, *Hobbes' Theory of Punishment*, in K.C. BROWN (a cura di), *Hobbes Studies*, Oxford, Blackwell, 1956, 280, 282 e spec. 288; N. BOBBIO, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*, Chicago, Chicago University Press, 1983, 141; proprio su questo tema, più di recente, v. anche L. FOISNEAU, *Punishment Not War: Limits of a Paradigm*, in *The Italian Law Journal*, 1, 2021, 397-413.

³³ T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXVIII, 238-239; in italiano T. HOBBS, *Leviatano (1651)*, trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XXVIII, 329-330: «[c'è] una questione di molta importanza, cioè, per quale porta è entrato il diritto o l'autorità di punire in qualunque caso. Infatti, per quello che si è detto prima, si suppone che nessun uomo sia vincolato per un patto a non resistere alla violenza, e per conseguenza non si può intendere che egli abbia dato ad altri un diritto qualunque di porre con violenza le mani sulla sua persona. [...] prima dell'istituto dello stato, ogni uomo aveva un diritto ad ogni cosa e di fare tutto ciò che pensava fosse necessario alla sua conservazione [...] Questo è il fondamento di quel diritto di punire che è esercitato in ogni stato, poiché i sudditi non hanno dato quel diritto al sovrano, ma solo, nel deporre i propri, hanno rinforzato lui nell'uso del suo, ne modo che penserà sia idoneo per la conservazione di loro tutti; cosicché non glielo è stato dato, ma lo si è lasciato a lui e a lui solo, e (escludendo i limiti che gli sono posti dalla legge naturale) in modo così integro come nella condizione di mera natura e di guerra di ognuno contro il suo vicino».

³⁴ Cfr. Sulla validità del patto di non difendersi anche T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, I.XIV, 107; in italiano T. HOBBS, *Leviatano (1651)*, trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, I.XIV, 145.

³⁵ Cfr. S.T. SCHROCK, *The Right to Punish and the Right to Resist Punishment in Hobbes' Leviathan*, in *Political Research Quarterly*, 44, 1991, 853; ma già nello stesso senso A. NORRIE, *Thomas Hobbes and the Philosophy of Punishment*, in *Law and Philosophy*, 1984, 2, 1984, 308. Segnalo che, in realtà, sono presenti in letteratura anche alcune ricostruzioni più recenti e, probabilmente, minoritarie, che contestano quest'interpretazione tradizionale e affermano che anche il potere punitivo rientrerebbe in realtà nel

interessante è rilevare come, per Hobbes, il potere di punire – nonostante il suo *status* differenziato, rappresentando esso un attributo non civile, ma naturale dello Stato – venisse comunque concepito come *limitato e funzionalizzato* alla conservazione del gruppo sociale.

2.1.1. Segue: *La definizione di punizione e i suoi corollari*

Quanto al contenuto più nello specifico della teoria della punizione di Hobbes, a esso è dedicato interamente il capitolo XXVIII del *Leviathan*, dove, a partire da una definizione generale, vengono sviluppate varie conseguenze che passerò rapidamente in rassegna. L'intera costruzione dipende dalla definizione di punizione così formulata:

«an Evil inflicted by publique Authority, on him that hath done, or omitted that which is Judged by the same Authority to be a Transgression of the Law; to the end that the will of men may thereby the better be disposed to obedience»³⁶

Da ciò è logicamente dedotto che: le vendette private non sono punizioni (necessaria pubblicità della pena); l'essere negletto o non promosso dal potere pubblico non è una punizione (necessaria afflittività della pena); il male inflitto senza una preventiva condanna pubblica non è una punizione (necessario previo accertamento della violazione della legge); il male inflitto senza la possibilità di influenzare il futuro comportamento del condannato o di altri, in quanto privo di fine, non è una punizione (necessaria funzione preventiva della pena); se il male inflitto è minore del beneficio che consegue al crimine, in quanto inidoneo al fine, esso non è una punizione (necessaria maggior gravità della pena rispetto al vantaggio conseguente al fatto punito); se la legge prevede la punizione, il male inflitto in eccesso rispetto alla previsione di legge, in quanto privo di fine, non è punizione (necessario rispetto della pena prevista dalla legge)³⁷; il male inflitto per un fatto compiuto prima che una legge lo vietasse non è punizione

normale meccanismo di autorizzazione dato che, a seguito della rinuncia al suo esercizio da parte dei sudditi, esso potrebbe essere esercitato dalle sole persone *incaricate* della rappresentanza dello Stato (quale *natural right*) e *alle sole condizioni* previste dalle leggi del sovrano, risultando in questo modo un *act by authority* (cfr. *funditus* A. YATES, *The Right to Punish in Thomas Hobbes's Leviathan*, in *Journal of the History of Philosophy*, 2, 2014, 233 ss.).

³⁶ T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXVIII, 238; in italiano T. HOBBS, *Leviatano* (1651), trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XXVIII, 329: «un male inflitto dall'autorità pubblica a colui che ha fatto od omesso ciò che la stessa autorità giudica essere una trasgressione della legge, al fine di poter meglio disporre con ciò la volontà degli uomini all'obbedienza». Le leggi che prevedono punizioni sono “leggi penali” (T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXVI, 219; in italiano T. HOBBS, *Leviatano* (1651), trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XXVI, 301).

³⁷ Tutti i principi espressi sin qui sono indicati in T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXVIII, 239-240; in italiano T. HOBBS, *Leviatano* (1651), trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XXVIII, 330 ss.

(necessaria previsione per legge della punizione)³⁸; infine, il male inflitto a un innocente, mancando l'atto contrario alla legge, non è punizione (necessaria violazione di legge)³⁹.

Nel complesso, pertanto, si può dire che nel contesto di quella che viene comunemente considerata la prima e più completa teorizzazione del potere assoluto dello Stato è in realtà sviluppata una teoria della punizione di stampo utilitaristico dai caratteri tendenzialmente liberali⁴⁰.

Da un punto di vista della struttura del discorso costituzionale, i limiti principali del potere del sovrano sono fatti discendere, da un lato, dalla *funzionalizzazione della pena* alla prevenzione (generale e speciale) di atti idonei a impedire il raggiungimento dei fini dello Stato e, dall'altro, dal suo collegamento a livello di definizione alla "violazione di una legge"⁴¹. Questa seconda condizione, implicando l'accertamento della "colpevolezza" del soggetto punito, esclude peraltro la possibilità di strumentalizzare un innocente per finalità pubbliche generalpreventive con un secolo di anticipo rispetto all'obiezione kantiana.

Per evitare di suggerire una rappresentazione del pensiero di Hobbes eccessivamente influenzata dal paradigma contemporaneo, è in ogni caso opportuno sottolineare che nel concetto hobbesiano di "legge" rientrano anche gli usi e, soprattutto, la legge naturale⁴². Quest'ultima, in particolare, siccome deriva direttamente dalla ragione umana, non solo non richiede di essere resa conoscibile⁴³, ma è sempre considerata

³⁸ V. T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXVIII, 240-241; in italiano T. HOBBS, *Leviatano* (1651), trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XXVIII, 331 ss. Sulla necessità che le leggi debbano anche essere conoscibili v. T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXVI, 208; in italiano T. HOBBS, *Leviatano* (1651), trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XXVI, 286.

³⁹ V. T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXVIII, 244; in italiano T. HOBBS, *Leviatano* (1651), trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XXVIII, 336.

⁴⁰ Nello stesso senso, del resto, già M.A. CATTANEO, *Hobbes' Theory of Punishment*, in K.C. BROWN (a cura di), *Hobbes Studies*, Oxford, Blackwell, 1956, 297.

⁴¹ Mi sembra che questa parte della definizione di "punizione" derivi dalla nozione di "crimine", a sua volta definito come «*A CRIME, is a sinne, consisting in the Committing (by Deed, or Word) of that winch the Law forbiddeth, or the Omission of what it hath commanded. So that every Crime is a sinne; but not every sinne a Crime*» (T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXVII, 224); in italiano: «un CRIMINE è un peccato che consiste nel commettere (con fatti o con parole) ciò che la legge vieta, o nell'omettere ciò che ha comandato. Cosicché ogni crimine è un peccato, ma non ogni peccato è un crimine» (in italiano T. HOBBS, *Leviatano* (1651), trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XXVII, 329-330). Siccome ciò che differenzia il crimine dal peccato è la legge (e l'esistenza dello Stato), si può dire che le garanzie della necessaria previsione per legge della punizione e della sua necessaria violazione sono strettamente connesse, nel discorso hobbesiano, al carattere secolarizzato del potere e, dunque, a uno degli elementi fondamentali di una concezione giuspositivistica del diritto.

⁴² Cfr. T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXVI, 204 ss.; in italiano T. HOBBS, *Leviatano* (1651), trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XXVI, 282 ss.

⁴³ Cfr. T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXVI, 208; in italiano T. HOBBS, *Leviatano* (1651), trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XXVI, 287.

vigente prima della commissione del fatto da essa vietato⁴⁴. In altre parole, sarebbe sbagliato anticipare a Hobbes le ragioni che qualche secolo più tardi fonderanno il principio garantista del *nulla poena sine lege scripta*, come oggi è inteso, anche se è senz'altro possibile individuare qui un suo primo antecedente⁴⁵.

La teoria della punizione si completa, da ultimo, con l'indicazione e la discussione delle pene umane⁴⁶, tra le quali Hobbes indica: le pene corporali, capitali e non capitali; le pene pecuniarie; l'ignominia; la carcerazione e l'esilio.

Riguardo le pene pecuniarie viene sottolineata in particolare la necessità di mantenere distinta la punizione dai casi in cui «*the Law impose a Summe of Mony to be payd, to him that has been Injured; this is but a satisfaction for the hurt done him; and extinguisheth the accusation of the party injured, not the crime of the offender*»⁴⁷. È in questo modo già introdotta la distinzione, fondamentale per la successiva riflessione giuridica, tra misure risarcitorie e misure punitive in senso stretto.

2.1.2. Segue: *Un primo accenno al dualismo punitivo?*

Vi è infine nell'ambito della teoria politica hobbesiana un passaggio, su cui vale la pena soffermarsi rapidamente, che sembra indicare che le pene fondate su una legge precedente, descritte sin qui, non siano in realtà le uniche misure punitivo-afflittive che lo Stato può applicare. Nel descrivere la possibilità del suddito di agire in giudizio contro il sovrano Hobbes scrive infatti che:

«If a Subject have a controversie with his Sovereigne [...] concerning any penalty, corporal, or pecuniary, *grounded on a precedent Law*; he hath the same Liberty to sue for his right, as if it were against a Subject; and before such Judges, as are appointed by the Sovereign. For seeing the Sovereign demandeth by force of a former Law, and not by virtue of his Power; he declareth tereby, that he requireth no more,

⁴⁴ Cfr. T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXVII, 226; in italiano T. HOBBS, *Leviatano (1651)*, trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XXVII, 312.

⁴⁵ Cfr. sul punto anche N. BOBBIO, *Da Hobbes a Marx. Saggi di storia della filosofia*, Napoli, Morano, 1965, 30 ss., dove è spiegato che pur rappresentando il massimo sforzo di ridurre il diritto a diritto positivo, la teoria hobbesiana non è una teoria giuridica rigorosamente positivista e risente dell'ambiente culturale in cui è sviluppata, dove l'esistenza e la validità della legge naturale non erano mai state contestate.

⁴⁶ V. T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXVIII, 241 ss.; in italiano T. HOBBS, *Leviatano (1651)*, trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XXVIII, 333 ss.

⁴⁷ T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXVIII, 242; in italiano T. HOBBS, *Leviatano (1651)*, trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XXVIII, 334. Nello stesso punto è inoltre specificato che «*in case the Law, that ordaineth such a punishment, be made with design to gather mony, from such as shall trasgresse the same, is not properly Punishment, but the Price of priviledge, and exemption from the Law, which doth not absolutely forbid the fact, but only to those that are not able to pay mony*», con l'eccezione però «*where the Law is Naturall, or part of Religion; for in that case it is not an exemption from the Law, but a transgression of it*» (distinguendo, cioè, a seconda del tipo di infrazione a cui consegue la pena pecuniaria); in italiano «nel caso che la legge che ordina una tale punizione sia fatta con il disegno di raccogliere denaro da quelli che la trasgrediranno, non è propriamente una punizione, ma il Prezzo di un privilegio e di una esenzione dalla legge che non vieta il fatto assolutamente, ma solo a quelli che non sono in grado di pagare, tranne il caso in cui la legge sia naturale o una parte della religione, poiché in quel caso non si ha esenzione dalla legge, ma una trasgressione di essa».

than shall appear to be due by Law. The sute therefore is not contrary to the will of the Sovereign; and consequently the Subject hath the Liberty to demand the hearing of his Cause; and sentence, according to that Law. But if he demand, or take any thing *by pretence of his Power*; there lyeth, in that case, no action of Law: for all that is done by him in Vertue of his Power, is done by the Authority of every Subject, and consequently, he that brings an action against the Sovereign, brings it against himself» (corsivi aggiunti)⁴⁸.

Pur in assenza di una compiuta teoria della separazione dei poteri, che si concentrano ancora tutti nel sovrano, in questo punto dell'argomentazione hobbesiana è introdotta una *differenziazione del regime di tutele* per i sudditi in ragione del *titolo* in base al quale lo Stato agisce. Laddove la misura che il privato vuole contestare sia applicata *in base a una legge*, difatti, questi ha diritto di domandarne a un giudice il rispetto; al contrario, se la base della misura contestata è *direttamente il potere del sovrano*, un'azione contro di esso non è nemmeno assolutamente configurabile.

Se effettivamente qui Hobbes avesse inteso ammettere la possibilità per il sovrano di irrogare pene in forza del suo potere e senza la necessaria intermediazione della legge (come peraltro appare coerente sia con la definizione dei contenuti del potere sovrano di punire sopra riportata sia, più in generale, con l'idea di fondo della teoria politica hobbesiana dell'assolutezza del potere sovrano⁴⁹), in questo passaggio si potrebbe allora individuare un *primo antecedente del concetto di sanzione amministrativa*, in una delle forme in cui sarà successivamente teorizzata da Kant e dalla dottrina giuspubblicistica moderna, anche italiana, quale atto punitivo-afflittivo direttamente riconducibile al potere esecutivo. Sul punto, comunque, ritornerò in seguito.

⁴⁸ T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXI, 169; in italiano T. HOBBS, *Leviatano* (1651), trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XXI, 233: «se un suddito ha una controversia con il suo sovrano per [...] una pena, corporea o pecuniaria, fondata su una legge precedente, egli ha la stessa libertà di citarlo in giudizio a difesa del suo diritto, come se agisse contro un suddito e davanti a quei giudici che sono designati dal sovrano. Infatti, dato che il sovrano domanda *in forza di una legge precedente e non in virtù del suo potere*, dichiara con ciò che non richiede più di quanto appaia che gli sia dovuto per quella legge. La citazione perciò non è contraria alla volontà del sovrano, e per conseguenza il suddito ha libertà di domandare chela causa sia ascoltata e che la sentenza sia emessa secondo quella legge. Ma se il sovrano domanda o prende qualcosa prendendo *a pretesto il suo potere*, in quel caso, non c'è adito per alcuna azione legale, poiché tutto ciò che è fatto da lui in virtù de suo potere, è fatto con l'autorità di ogni suddito, e per conseguenza chi intenta un'azione contro il sovrano, intenza un'azione contro se stesso» (corsivi aggiunti).

⁴⁹ Cfr. T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXI, 163, nonché II.XVIII, 136 ss. e sulla non soggezione del sovrano alla legge II.XXVI, 204; in italiano rispettivamente T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXI, 169; in italiano T. HOBBS, *Leviatano* (1651), trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XXI, 225; II.XVIII,, 184 ss.; II.XXVI, 282.

2.2. Locke. Il potere punitivo come potere attribuito allo Stato nei limiti di quanto necessario a tutelare la proprietà

La punizione ha un ruolo centrale⁵⁰ anche nella teoria costituzionale di Locke⁵¹. Al termine del primo capitolo del suo *Second Treatise of Government* difatti lo stesso potere politico è definito come segue:

«Political power, then, I take to be a right of making laws, with penalties of death, and consequently all less penalties for the regulating and preserving of property, and of employing the force of the community in the execution of such laws, and in the defence of the commonwealth from foreign injury, and all this only for the public good»⁵²

La ricostruzione del fondamento del potere di punire dello Stato è più lineare che in Hobbes. Esso si fonda sull'idea che nello stato di natura la vita degli uomini sia regolata da una legge naturale che garantisce a tutti uguali diritti e doveri⁵³, tra cui il diritto di punire chi la trasgredisce⁵⁴:

«every man upon this score, by the right he hath to preserve mankind in general, may restrain, or, where it is necessary, destroy things noxious to them, and so may bring such evil on any one, who hath transgressed that law, as may make him repent the doing of it, and thereby deter him, and by example others, from doing the like mischief. And in this case, and upon this ground, “every man hath a right to punish the offender, and be executioner of the law of nature.”»⁵⁵.

Siccome tuttavia nelle condizioni di natura ogni uomo diviene giudice del proprio caso per quanto riguarda l'applicazione della legge naturale, e ciò non può che condurre

⁵⁰ Cfr. A.J. SIMMONS, *Locke and the Right to Punish*, in *Philosophy and Public Affairs*, 4, 1991, 318.

⁵¹ Per riferimenti generali v. T. BROOKS (a cura di), *Locke and Law*, Padstow, Ashgate Publishing Limited, 2007; A. TUCKNESS, voce *Locke's Political Philosophy*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2020 Edition)*, 2020; M. AYERS, voce *Locke, John (1632-1704)*, in *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, 1998; per una ricostruzione delle principali questioni problematiche discusse nell'ambito del dibattito italiano, tra cui non rientra il profilo relativo alla teoria della punizione, cfr. N. BOBBIO, *Da Hobbes a Marx. Saggi di storia della filosofia*, Napoli, Morano, 1965, 75 ss.; nella letteratura costituzionalistica v. A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 39 ss.

⁵² J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.2, §3, 131; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 63: «Per potere politico intend, dunque, il diritto di fare leggi che contemplino la pena di morte e di conseguenza tutte le pene minori, in vista di una regolamentazione e conservazione della proprietà, e il diritto di impiegare la forza della comunità nell'esecuzione di tali leggi e nella difesa dello Stato da attacchi esterni: tutto questo soltanto ai fini del pubblico bene».

⁵³ Cfr. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.2, §6, 132; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 67-69.

⁵⁴ Cfr. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.2, §7, 133; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 69.

⁵⁵ J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.2, §8, 134; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 71: «ogni uomo, in base al Diritto che ha di provvedere alla sopravvivenza dell'umanità in generale, può reprimere – o se ciò è necessario – distruggere ciò che è ad essa nocivo, e quindi recare a chiunque abbia trasgredito quella legge un male tale da indurlo a pentirsi d'averlo fatto e con ciò dissuadere lui, e sul suo esempio altri, dal commettere lo stesso male. In questo caso e su questo fondamento ognuno ha il diritto di punire i trasgressori e rendersi esecutore della legge di natura». Si noti, quanto al fine della punizione, che la teoria lockiana combina finalità retributiva («*make him repent the doing of it*»; in italiano «indurlo a pentirsi d'averlo fatto»), assente in Hobbes, e una finalità preventiva, generale e speciale («*deter him, and by example others*»; in italiano «dissuadere lui, e sul suo esempio altri»).

a decisioni parziali e, in definitiva, al caos⁵⁶, gli uomini acconsentono a fondare lo Stato affinché un *soggetto terzo*, da essi *autorizzato*, decida le controversie che tra loro insorgeranno⁵⁷. Gli individui trasferiscono quindi i propri diritti naturali allo Stato *nella misura in cui ciò è necessario* per potere avere di essi un pacifico godimento e, contestualmente, rinunciano a esercitare il loro diritto naturale di punire⁵⁸.

A questa impostazione – basata, in ultima istanza, sulla necessità di conoscere con quanta più certezza possibile i propri diritti e doveri⁵⁹ – consegue la teorizzazione di un potere pubblico in generale, e dunque anche di un potere punitivo, originariamente limitato, strettamente funzionalizzato alla tutela della proprietà (nel senso lockiano di vita, libertà e beni)⁶⁰ e da esercitarsi di norma⁶¹ sulla base di leggi generali stabilite dal potere legislativo⁶².

Seppure, a differenza di Hobbes, Locke non formuli una teoria dettagliata della punizione, la sua concezione forte di potere limitato⁶³ rappresenta un momento fondamentale nella storia costituzionale del potere punitivo e mantiene una certa attualità. Certo, in caso di violazione dei limiti teorizzati nel *Second Treatise of Government* l'unico rimedio prospettato è il cosiddetto “appello al cielo”⁶⁴; tuttavia, la stessa idea di fondo dell'intera impostazione lockiana per cui in un'organizzazione sociale giusta

⁵⁶ Cfr. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.2, §13, 137; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 77. Questo stesso argomento è peraltro utilizzato per criticare le concorrenti teorie politiche che prospettano un potere pubblico illimitato, negando il carattere civile di tali forme di governo.

⁵⁷ Cfr. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.7, §§87, 179-180; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 173-175.

⁵⁸ Cfr. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.9, §§123 ss., 203 ss. e §130, 206.; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 229 ss. e 233 ss.

⁵⁹ V. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.9, §124, 204; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 229.

⁶⁰ Cfr. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.9, §123, 203; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 63, 229.

⁶¹ Rappresenta un'eccezione a tale regola la teoria della c.d. *prerogative*, in base alla quale al detentore del potere esecutivo viene lasciata la facoltà residuale di agire senza autorizzazione del potere legislativo o persino in contrasto con una legge generale per perseguire l'interesse della società (cfr. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.14, §§159 ss., 226 ss.; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 283 ss.). Siccome si tratta di una parte tendenzialmente descrittiva della teoria di Locke, in quanto essa varia da costituzione a costituzione (*ibid.*), rinvio per essa all'ampia spiegazione di A. TUCKNESS, *Locke's Political Philosophy*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2020 Edition), 2020, §6.

⁶² Cfr. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.11, §136, 211; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 245 ss.

⁶³ V. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.11, §139, 214; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 253 ss.

⁶⁴ Cfr. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.14, §168, 230; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 293-295 ss., a cui consegue la rivoluzione.

nessuno dovrebbe poter assumere il ruolo di giudice nel proprio caso appare ancora, nei più complessi sistemi costituzionali contemporanei, composti di più livelli di legalità, alla base dei rimedi di tipo giurisdizionale esperibili contro le violazioni dei limiti costituzionali discendenti dal contratto sociale (positivizzato) da parte del legislatore. In assenza di giurisdizioni costituzionali, difatti, sarebbe solo quest'ultimo a poter decidere sulla conformità della propria azione alla legge costituzionale.

2.2.1. Segue: *Il principio di proporzionalità: doppio fondamento e limite epistemologico*

Vi sono due ulteriori elementi particolari della teoria lockiana della punizione che occorre esaminare. Il primo riguarda la *necessaria proporzionalità della pena*⁶⁵. Il principio è formulato quale limite naturale del diritto di punire di ciascuno e, dunque, vale anche nei confronti dello Stato, a cui tale diritto viene, come ho detto, solo trasferito. Locke enuncia il principio di proporzionalità della punizione in questo modo:

«And thus, in the state of nature, “one man comes by a power over another;” but yet no absolute or arbitrary power, to use a criminal, when he has got him in his hands, according to the passionate heats, or boundless extravagancy of his own will; but only to retribute to him, so far as calm reason and conscience dictate, what is proportionate to his transgression; which is so much as may serve for reparation and restraint; for these two are the only reasons, why one man may lawfully do harm to another, which is that we call punishment»⁶⁶

Nella letteratura secondaria è stato ampiamente rilevato come la proporzionalità così formulata rappresenti uno «*strong principle of limitation*» del potere punitivo⁶⁷. Esso opera infatti su due distinti piani (si noti: ulteriori rispetto al generale vincolo finalistico del potere politico alla tutela della proprietà): 1) rispetto alla gravità del fatto compiuto; 2) rispetto alle finalità particolari perseguite dalla punizione (riparazione e repressione). La combinazione dei due criteri dovrebbe in effetti condurre, in teoria, a evitare gli eccessi sia della proporzionalità intesa unicamente in una logica retributiva (per quanto grave sia il fatto, non si può punire più di quanto necessario per raggiungere gli scopi legali), sia in una puramente utilitaristica (per quanto sia socialmente utile evitare la commissione di un certo fatto, non si può punire più di quanto la gravità di esso non giustifichi).

Nella pratica del discorso di Locke, peraltro, l'effettività della limitazione connessa alla proporzionalità della pena è in realtà soggetta a sua volta a un duplice limite. Primo,

⁶⁵ Sulla centralità della proporzionalità nella teoria lockiana, anche in relazione alla sua intrinseca indeterminatezza, v. A. DILTS, *To Kill a Thief: Punishment, Proportionality, and Criminal Subjectivity in Locke's "Second Treatise"*, in *Political Theory*, 1, 2012, 58-83.

⁶⁶ J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.2, §8, 134; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 69 ss.: «In tale modo nello stato di natura un uomo consegue un potere su un altro; ma non il potere assoluto o arbitrario di disporre di un criminale, quando è nelle sue mani, secondo gli appassionati furori o le stravaganze della sua volontà, ma soltanto di retribuire ciò che è proporzionato alla sua trasgressione, secondo quanto gli dettano la serena ragione e la coscienza, vale a dire tanto quanto può servire come riparazione e prevenzione. Infatti, queste ultime sono le due uniche ragioni per cui un uomo può legalmente fare ad un altro quel male che chiamiamo punizione».

⁶⁷ J. WALDRON, *God, Locke, and Equality. Christian Foundations in Locke's Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 143.

quando il reato è così grave da rendere impossibile uno degli scopi della pena (ad esempio, l'omicidio esclude la possibilità di riparazione⁶⁸), l'uccisione del trasgressore è sempre giustificata⁶⁹. Secondo, nonostante la misura della proporzionalità discenda direttamente dalla legge naturale⁷⁰, quest'ultima non è tuttavia immediatamente intellegibile dall'individuo medio, ma può essere più facilmente raggiunta attraverso le leggi di un governo civile⁷¹. La conseguenza pratica che i commentatori traggono da questo argomento epistemologico è, ad esempio, che mentre l'uccisione del trasgressore risulta sempre ammessa nello stato di natura, la sua applicazione da parte dello Stato dovrebbe essere in linea di principio più limitata⁷², dato che governare tramite la legislazione rappresenta, per Locke, garanzia di maggiore razionalità della decisione pubblica. In ogni caso, e più in generale, alla questione epistemologica (relativa, cioè, alla conoscibilità esatta della legge di natura) consegue che, rispetto ad altri limiti posti dalla teoria lockiana, quello riguardante la proporzionalità della pena si caratterizza per un carattere *intrinsecamente indeterminato* e, quindi, per l'esistenza di un più ampio margine di manovra del potere politico.

2.2.2. Segue: *Il rapporto tra punizione e riparazione*

Il secondo elemento da evidenziare è la stretta connessione in cui Locke pone i concetti di punizione e riparazione. Se Hobbes distingueva chiaramente questi due concetti⁷³, attenendo il secondo esclusivamente ai rapporti tra vittima e trasgressore, Locke invece identifica nella riparazione una delle due funzioni generali della pena legale

⁶⁸ Non escludo che dal tenore generale del discorso sulla punizione di Locke questo argomento possa applicarsi anche ai c.d. incorreggibili (cfr. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.2, §11, 136, dove si legge, pur in riferimento a un omicida, che la pena di morte è giustificata «to secure men from the attempts of a criminal, who having renounced reason, the common rule and measure God [...] may be destroyed as a lion or a tiger, one of those wild savage beasts, with whom men can have no society nor security»; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 75: «per mettere al sicuro gli uomini dalle aggressioni di un criminale che, avendo rinunciato alla ragione – comune norma e misura che Dio ha dato all'umanità – [...] quegli può essere ucciso come un leone o una tigre, una di quelle bestie selvagge con cui gli uomini non possono mettersi in società né riceverne sicurezza»).

⁶⁹ Cfr. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.2, §11, 135-136; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 73 ss.

⁷⁰ Una discussione del punto è in realtà anticipata in T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXVII, 223 ss.; in italiano T. HOBBS, *Leviatano* (1651), trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XXVII, 308 ss.; dove si chiarisce che i crimini non sono tutti uguali e la loro gravità va valutata sia in ragione dei loro effetti (avendo riguardo tanto alla quantità di soggetti danneggiati quanto al tipo di bene danneggiato) sia in ragione delle circostanze soggettive in cui vengono commessi (ad esempio un crimine premeditato è più grave di un crimine passionale).

⁷¹ Cfr. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.2, §12, 136 ss.; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 75 ss.

⁷² V. B. CALVERT, *Locke on Punishment and the Death Penalty*, in *Philosophy*, 264, 1993, 211-299.

⁷³ V. *supra* Parte I, par. 2.1.1.

insieme alla repressione⁷⁴. Repressione e riparazione sono difatti originariamente oggetto di due distinti diritti naturali⁷⁵, ma nel passaggio dallo stato naturale al governo civile, essi si uniscono nel «*common right of punishment*» del magistrato (il quale può rimettere la pena repressiva, ma non può, comunque, mai disporre della riparazione in assenza del consenso della vittima⁷⁶).

Questo passaggio della teoria lockiana è significativo sotto più aspetti. Su un piano generale, esso indica anzitutto che nella storia costituzionale della punizione sono rintracciabili anche modelli di giustizia penale che assegnano alla vittima e alla riparazione del danno da essa subito un ruolo diverso e assai più rilevante rispetto a quello che le viene in genere attribuito nei sistemi storicamente affermatasi e, soprattutto, nella teoria contemporanea del diritto penale⁷⁷.

L'impostazione lockiana evidenzia inoltre che, nel contesto dell'esercizio del potere punitivo, possono talora unirsi misure di natura fondamentalmente differente come conseguenza delle modalità positive prescelte per il suo svolgimento⁷⁸. Da ciò deriva una tendenziale centralità della questione definitoria ("cos'è punizione"), cosa che suggerisce l'opportunità metodologica di approcciarsi al tema, anche nel contesto della riflessione giuridica contemporanea, in modo «*pragmatic rather than principled*»⁷⁹; più attento alla sostanza, che ai nomi delle cose.

⁷⁴ Cfr. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.2, §8, 134 («*reparation and restraints*»); in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 71 («riparazione e prevenzione»).

⁷⁵ Cfr. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.2, §10, 135; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 73.

⁷⁶ Cfr. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.2, §11, 135-136; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 73 ss.

⁷⁷ Si tratta, ovviamente, di una prospettiva molto differente da quella della giustizia riparativa nel senso contemporaneo del termine, ma con la quale è forse condivisa l'idea di fondo di una maggiore valorizzazione della relazione tra vittima e autore del reato nel processo di reazione sociale al crimine. Sull'attualità di questo aspetto del discorso lockiano per il discorso penale contemporaneo cfr. anche F. PALAZZO, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in *Politica del diritto*, 2, 2017, 351 ss. e 361-362. In generale, presenta la posizione della dottrina penalistica italiana maggioritaria contro le concezioni c.d. vittimocentriche della pena da ult. C. BERNASCONI, *Dalla vittimologia al vittimocentrismo: cosa resta della tradizione reocentrica?*, in *Criminalia*, 2021, 209 ss.

⁷⁸ Riferendosi al sistema americano, A. TUCKNESS, *Retribution and Restitution in Locke's Theory of Punishment*, in *The Journal of Politics*, 3, 2010, 730 rileva come in base alla nostra concezione tradizionale di materia penale siamo abituati a distinguere nettamente tra materia civile e materia penale affermando che lo stesso caso di omicidio comporterà l'avvio di un processo penale per l'accusa pubblica e la promozione di una causa civile da parte della famiglia della vittima per i danni, salvo poi riconoscere che, nella sostanza, anche in sede civile si sta infliggendo una pena per la parte corrispondente ai c.d. *punitive damages* (calcolati in genere proprio secondo logiche preventive o retributive). La questione non è peraltro estranea alla letteratura italiana ed europea, per cui v. A. MANNA, *Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, in *L'Indice penale*, 1991, 591 ss.

⁷⁹ A. TUCKNESS, *Retribution and Restitution in Locke's Theory of Punishment*, in *The Journal of Politics*, 3, 2010, 732.

2.3. Montesquieu. La dimensione istituzionale del potere di punire

Nonostante Montesquieu non abbia elaborato una teoria politica del tipo di quelle sviluppate da Hobbes e Locke⁸⁰, un accenno al suo pensiero non può mancare in una storia costituzionale della punizione, se non altro per la grandissima influenza che la sua opera principale ha avuto per la riflessione filosofico-giuridica occidentale.

Il motivo per cui una teoria di tale specie manca all'interno del suo *Esprit des Lois* è perché questo lavoro non mira alla formulazione di una dottrina dello Stato, ma allo studio scientifico delle relazioni naturali che legano le condizioni di esistenza di un certo popolo (forma di governo, caratteristiche fisiche del paese, usi e costumi, ecc.)⁸¹ alle sue leggi⁸². Nell'ottica di Montesquieu, difatti, la comprensione delle leggi universali che disciplinano questa relazione permetterebbe agli uomini di modificare le proprie leggi positive in modo da rafforzare l'«*état politique*» di cui sono espressione⁸³ o, comunque, di riformarle senza metterne a rischio la tenuta complessiva⁸⁴.

In questa prospettiva, con riferimento al diritto penale, Montesquieu nota anzitutto che la severità delle pene è propria dei *governi dispotici*, giacché il principio razionale su cui si basano è quello del terrore, mentre non si addice invece ai governi repubblicani e monarchici (i cosiddetti. «*gouvernements modérés*»), che, basandosi rispettivamente sulla virtù politica e sull'onore, attribuiscono invece valore alla libertà dei cittadini⁸⁵.

Questa impostazione di fondo permette dunque di sviluppare, nel contesto di una descrizione “scientifica” delle leggi più appropriate per ciascun governo (perché più conformi al suo principio fondativo), quel progetto di diritto penale liberale⁸⁶,

⁸⁰ Per un inquadramento generale dei temi trattati in questo paragrafo v. S. GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Montesquieu*, Parigi, Librairie C. Klincksieck, 1973; M.A. CATTANEO, *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2000; M. HULLIUNG, voce *Montesquieu*, Charles Louis de Secondat (1698-1755), in *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, 2000; H. BOK, voce *Baron de Montesquieu*, Charles-Louis de Secondat, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2018 Edition)*, 2018.

⁸¹ Cfr. MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro I, cap. III, 8; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro I, cap. III, 151.

⁸² Sul metodo di Montesquieu e sul rapporto con il futuro paradigma delle scienze positive v. S. GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Montesquieu*, Parigi, Librairie C. Klincksieck, 1973, 66 ss.

⁸³ MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro V, cap. I, 37; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro V, cap. I, 189.

⁸⁴ Cfr. anche H. BOK, *Baron de Montesquieu*, Charles-Louis de Secondat, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2018 Edition)*, 2018, §3.

⁸⁵ Cfr. MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro VI, cap. IX, 71; per le relazioni tra le forme di governo e il grado di libertà delle persone cfr. *ivi*, libro III, cap. X, 25; in italiano, rispettivamente, MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro VI, cap. IX, 231-232 e libro III, cap. X, 175

⁸⁶ Cfr. M.A. CATTANEO, *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2000, 85.

caratterizzato da garanzie sostanziali⁸⁷ e processuali per l'accusato⁸⁸, l'umanizzazione delle pene⁸⁹ e la loro proporzionalità⁹⁰, che influenzerà Beccaria⁹¹ e tutto il pensiero giuspenalistico successivo, fino a giungere, in Italia, alla scuola classica di Francesco Carrara⁹².

Ai fini di questa ricerca è interessante approfondire due concetti in particolare della filosofia penale di Montesquieu, che attengono a profili del discorso che possono essere definiti, in termini contemporanei, costituzionalistici. Il primo di questi riguarda il *ruolo del giudice rispetto al diritto penale*, la cui configurazione consegue direttamente ai presupposti del governo repubblicano:

«Plus le gouvernement approche de la république, plus la manière de juger devient fixe [...] Dans le États monarchiques, il y a une loi; et là où elle est précise, le juge la suit; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit. Dans le gouvernement républicain, il es de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur ou de sa vie»⁹³

Nel complesso del pensiero montesquieuano la massima limitazione possibile della discrezionalità del giudice deriva, insomma, dal principio di uguaglianza, su cui, per l'appunto, è fondata la Repubblica⁹⁴. L'eguaglianza tra i cittadini (di cui Montesquieu offre, qui, una concezione squisitamente formale) sarebbe infatti messa in discussione dalla possibilità di una disforme applicazione della medesima legge.

⁸⁷ Oltre alla previsione di legge dei fatti punibili, è riconosciuto ad esempio inerente alla difesa naturale il diritto dell'accusato di mentire ai magistrati (MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro VI, cap. XIII, 75; in italiano in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro VI, cap. XIII, 235) o la necessaria materialità del crimine (*ivi*, libro XII, cap. XI, 163; in italiano 351).

⁸⁸ V. MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro VI, cap. II, 65; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro VI, cap. II, 223.

⁸⁹ V. MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro VI, capp. XII ss., 73 ss.; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro VI, cap. XII, 233-234.

⁹⁰ V. MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro VI, cap. XVI, 78; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro VI, cap. XVI, 240.

⁹¹ Sul punto *cfr.* S. GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Montesquieu*, Parigi, Librairie C. Klincksieck, 1973, 241.

⁹² *Cfr.* U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze, Sansoni Editore, 1974, 114; sull'attualità del pensiero di Beccaria anche per la riflessione costituzionalistica contemporanea v. anche M. RUOTOLO, *Rileggendo Beccaria, oggi. Brevi riflessioni sui limiti del potere punitivo*, in *Diritto pubblico*, 2, 2014, 669 ss.

⁹³ MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro VI, cap. III, 66-67; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro VI, cap. III, 224: «più il governo si avvicina alla repubblica, più la maniera di giudicare diventa stabile [...] negli stati monarchici v'è una legge: laddove è precisa, il giudice la segue; laddove non lo è, ne ricerca lo spirito. Nel governo repubblicano, è nella natura stessa della costituzione che i giudici seguano la lettera della legge. Non è lecito interpretare una legge a danno di nessun cittadino, quando si tratta dei suoi beni, del suo onore, o della sua vita».

⁹⁴ *Cfr.* MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro V, cap. III, 38; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro V, cap. III, 190.

Ancora più rilevante è, tuttavia, la necessità istituzionale – valida per tutti i «*gouvernements modérés*» e, dunque, anche per le monarchie – che il sovrano e il giudice siano due soggetti distinti⁹⁵. La confusione di questi due ruoli può accadere nei soli governi dispotici, dove la regola è l'*arbitrio*, ma non invece nei governi miti, dove la regola è il *diritto* e alle persone sono garantite, attraverso questo, libertà e sicurezza. Come è stato chiaramente indicato dagli studi sulla filosofia del diritto di Montesquieu, ma come forse emerge già anche dall'analisi della teoria lockiana, quest'idea non è di per sé originale, ma all'*Esprit de Lois* viene generalmente riconosciuto il merito di averla resa più concreta, avendola fatta emergere da un'analisi storica e posta al centro di una teoria politica del buongoverno⁹⁶.

In particolare, quando Montesquieu esamina i principi su cui si fonda uno stato che abbia assunto la garanzia della libertà politica⁹⁷ quale fine del proprio «*état politique*», afferma che:

«Il y a dans chaque État trois sorte de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil.

Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger; et l'autre, simplement la puissance exécutrice de l'État»⁹⁸

Quando questi tre poteri si riuniscono in un solo soggetto, è impossibile garantire la libertà politica dei cittadini. Al di là della formulazione del principio in modo non del tutto coincidente con l'idea di separazione dei poteri affermatasi nella nostra tradizione giuridica⁹⁹, il concetto fondamentale rispetto al discorso sulla punizione è che nella

⁹⁵ Cfr. MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro VI, cap. V, 68; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro VI, cap. V, 226.

⁹⁶ V. in particolare S. GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Montesquieu*, Parigi, Librairie C. Klincksieck, 1973, 240 e riferimenti bibliografici lì contenuti.

⁹⁷ Per la nozione di libertà e il suo rapporto con la democrazia v. MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro XI, cap. III, 127; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro XI, cap. III, 308; per quella più specifica di libertà politica definita come «*la sûreté, ou [...] l'opinion que l'on a de sa sûreté*» cfr. *ivi*, libro XII, cap. II, 155 (in italiano 342: «la sicurezza, o almeno nell'opinione che si ha della propria sicurezza»).

⁹⁸ MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro XI, cap. VI, 128 ss.; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro XI, cap. VI, 309 ss.: «In ogni stato vi sono tre generi di poteri: il potere legislativo, il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti, e il potere esecutivo di quelle che dipendono dal diritto civile. // In forza del primo, il principe, o il magistrato, fa le leggi per un certo tempo o per sempre, e corregge o abroga quelle sono già state fatte. In forza del secondo, fa la pace o la guerra, invia o riceve ambasciate, stabilisce la sicurezza, previene le invasioni. IN forza del terzo, punisce i delitti o giudica le controversie dei privati. Chiameremo quest'ultimo il potere giudiziario, e l'altro semplicemente il potere esecutivo dello Stato».

⁹⁹ Cfr. S. GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Montesquieu*, Parigi, Librairie C. Klincksieck, 1973, 324 ss. Il mito è da sfatare sia in riferimento alla nozione di potere esecutivo, in realtà limitata all'applicazione del diritto internazionale e alla difesa dello Stato sia in riferimento al fatto che la separazione implichi una reciproca indipendenza tra essi, mentre vi è un rapporto di dipendenza tra potere

concezione montesquieuana deve essere garantita una *separazione tra il potere legislativo (che prevede la pena) e il potere “giudiziario” (che applica la pena)* per evitare che «*le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire*»¹⁰⁰.

Diversamente che nella teoria di Hobbes, dunque, in questa concezione non c'è alcuno spazio teorico per un potere sanzionatorio nei confronti dei membri della società che esuli dallo schema previsione legale/applicazione da parte di un soggetto indipendente dal sovrano. Ciò è confermato, sul piano generale, dalla successiva affermazione di Montesquieu secondo cui il soggetto che detiene il potere di applicare le leggi dello Stato (che egli chiama, appunto, potere giudiziario) è l'unico a poter esercitare il proprio potere nei confronti di singoli cittadini¹⁰¹.

2.3.1. Segue: *La necessaria razionalità della scala punitiva e le distinzioni interne alla materia penale*

Se una certa distribuzione dei tre poteri è la principale garanzia della libertà politica sul piano generale (costituzionale, secondo la terminologia dell'*Esprit*, in quanto relativo alle leggi che riguardano l'organizzazione dello Stato), su quello particolare (civile nell'*Esprit* perché relativo ai singoli cittadini) essa dipende principalmente dal contenuto delle leggi penali¹⁰². Questo parallelismo rappresenta un'ulteriore conferma della centralità teorica della questione penale nel discorso filosofico-costituzionale.

In linea con la teoria lockiana, anche per Montesquieu la proporzionalità della pena gioca un ruolo centrale a questo riguardo:

«C'est le triomphe de la liberté, lorsque les lois criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime. Tout l'arbitraire cesse; la peine ne descend point du caprice du législateur, mais de la nature de la chose; et ce n'est point l'homme qui fait violence à l'homme»¹⁰³

Se per Locke la misura di ciascuna pena in relazione alla gravità del crimine dipendeva direttamente dal contenuto della legge naturale, in linea con l'impostazione

legislativo e potere giudiziario (in quanto il secondo è chiamato ad applicare quanto previsto dal primo secondo il paradigma della *bouche de la loi*) e non sono affatto esclusi reciproci condizionamenti tra potere legislativo ed esecutivo (ma, anzi, auspicabili per evitare la degenerazione nel dispotismo che conseguirebbe all'illimitatezza del potere legislativo di attribuirsi qualsiasi potere annientando, così, gli altri due).

¹⁰⁰ MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro XI, cap. VI, 129; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro XI, cap. VI, 310: «il potere sulla vita e la libertà dei cittadini sarebbe arbitrario».

¹⁰¹ Cfr. MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro XI, cap. VI, 130, dove si legge che gli altri due poteri «*ne s'exercent sur aucun particulier*»; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro XI, cap. VI, 312: «non vengono esercitati nei riguardi di alcun privato».

¹⁰² Cfr. MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro XII, cap. I, 153-154; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro XII, cap. I, 341 ss.

¹⁰³ MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro XII, cap. IV, 156; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro XII, cap. IV, 343: «Il trionfo della libertà si ha quando le leggi penali traggono ogni pena dalla natura particolare del delitto. Cessa ogni arbitrio, la pena non deriva dal capriccio del legislatore, ma dalla natura della cosa; e non è l'uomo che fa violenza all'uomo».

generale dell'*Esprit de Lois* il criterio di proporzionalità proposto da Montesquieu deriva invece dal tipo di bene tutelato dalla legge penale in relazione al suo grado di ineranza alla libertà politica¹⁰⁴. Può così essere costruita una *scala punitiva* composta di quattro classi di crimini (che offendono, in ordine di gravità crescente, la religione, i costumi, la tranquillità e la sicurezza). Nella materia penale così concepita trovano dunque spazio anche le «*lésion de police*» (ossia i crimini contro la tranquillità), a cui si addicono pene correttive che mirino a spingere il condannato a vivere secondo le regole della società¹⁰⁵. Quando esse sono «*choses de chaque instant*» e di poco conto, per loro sono peraltro sufficienti minori formalità anche procedurali¹⁰⁶.

Nonostante la filosofia penale di Montesquieu sia stata spesso considerata – e ciò è avvenuto spesso, in particolare, nella tradizione italiana – una filosofia spiccatamente utilitarista, la sua scala punitiva si fonda in realtà su una logica di natura retributiva¹⁰⁷: la pena di morte, ad esempio, viene giustificata in relazione alla sua omogeneità con il tipo di crimine commesso o tentato e, dunque, ammessa unicamente per quei delitti contro la sicurezza dei cittadini che possano incidere sulla vita della vittima¹⁰⁸. Si tratta della prima specificazione di un argomento di tipo naturalistico che era stato solo accennato in Locke e che sarà alla base della successiva teoria kantiana della proporzione (per cui la *pena giusta* è un *male qualitativamente e quantitativamente corrispondente a quello compiuto dal criminale*).

Un argomento utilitarista sorregge invece un secondo tipo di *proporzionalità-razionalità della scala punitiva* che nella riflessione costituzionalistica precedente è invece totalmente assente o, comunque, non espressamente teorizzato¹⁰⁹:

¹⁰⁴ Cfr. MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro XII, cap. IV, 157 ss.; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro XII, cap. IV, 343 ss.

¹⁰⁵ V. MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro XII, cap. IV, 157; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro XII, cap. IV, 343.

¹⁰⁶ MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro XXVI, cap. XXIV, 415; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro XXVI, cap. XXIV, 682. Più nel dettaglio, la disciplina di questo genere di violazioni criminali minori atterrebbe al regolamento più che alla legge e, di conseguenza, la loro punizione deriverebbe più dall'autorità del magistrato che alla legge (ciò fa suggerire un allentamento della necessità di previsione legale e una maggiore discrezionalità lasciata in capo al soggetto che detiene il potere di applicare la volontà generale che, come già chiarito, viene chiamato indifferente giudiziario. Il passaggio, tuttavia, non è chiarissimo e gli unici due esempi che Montesquieu offre sono la disciplina del porto d'armi (punito dalla Repubblica di Venezia con la morte) e un fornaio di contrabbando (punito da un imperatore con l'impalamento) per dimostrare l'inadeguatezza dei supplizi per tale categoria di crimini.

¹⁰⁷ Sul punto specificamente v. D.W. CARRIHERS, *Montesquieu's Philosophy of Punishment*, in *History of Political Thought*, 2, 1998, 239

¹⁰⁸ Cfr. MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro XII, cap. IV, 158; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro XII, cap. IV, 343.

¹⁰⁹ Cfr. S. GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Montesquieu*, Parigi, Librairie C. Klincksieck, 1973, 250, che concettualizza la distinzione tra i due criteri secondo la coppia giustizia distributiva-giustizia commutativa.

«Il est essentiel quel es peines aient de l'harmonie entre elles, parce qu'il est essentiel que l'on évite plutôt un grand crim qu'un moindre; ce qui attaque plus la société que ce qui la choque moins»¹¹⁰

È interessante notare che i due criteri di proporzionalità – rispetto alla gravità del fatto compiuto e rispetto alle pene previste per gli altri illeciti¹¹¹ – sono logicamente del tutto indipendenti (dato che il secondo implica soltanto la necessità di una graduazione razionale delle pene, ma non dà alcuna indicazione sulla loro giusta misura se individualmente considerate). Essi indicano dunque una *duplice via di razionalizzazione delle leggi penali* che gli Stati che desiderino perseguire il fine della garanzia della libertà politica dovrebbero percorrere.

2.4. Rousseau. Il fondamento giuridico del potere di punire: il consenso alla propria punizione

La ricostruzione di una teoria della punizione all'interno della filosofia politica di Rousseau è complicata dal fatto che questa si sviluppa in più scritti¹¹² e che, in *Du contrat social, ou principes du droit politique*, in cui l'idea centrale per il sistema “costituzionale” rousseauiano di *volonté générale*, è maggiormente approfondita, non viene dedicato al tema della punizione grande spazio¹¹³. Ciononostante, confermando una costante della

¹¹⁰ MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844, libro VI, cap. XVI; in italiano MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019, libro VI, cap. XVI, 240: «è essenziale che le pene siano in armonia fra di loro, perché è essenziale che si eviti un grande delitto piuttosto che uno minore, quello che investe la società piuttosto che quello che la offende di meno». In linea con lo stile aneddotico dell'intera opera, Montesquieu sostanzia il criterio con questo esempio: in Cina i ladri sanguinari sono squartati, gli altri no, e questa differenza fa sì che in Cina si rubi, ma non si uccida; diversamente a Mosca, dove la pena per i ladri e quella per gli assassini è la stessa, si uccide sempre perché, come si usa dire, i morti non parlano.

¹¹¹ Si noti che le due categorie corrispondono perfettamente a quelle di proporzionalità intrinseca ed estrinseca (o cardinale e ordinale) ancora presenti nel discorso costituzionale contemporaneo, su cui cfr. *funditus* F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022, 160 ss. e prima anche A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012, 29 ss. e in part. 141.

¹¹² Per notazioni generali sulla filosofia di Rousseau mi sono avvalso di C. BERTRAM, *Jean Jacque Rousseau*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2020 Edition)*, 2020; P. RILEY (a cura di), *The Cambridge companion to Rousseau*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, e spec. G. ARMSTRONG KELLY, *A general overview*, *ivi*, 8-56 e P. RILEY, *Rousseau's General Will*, *ivi*, 124-153; N. DENT, *Rousseau, Jean-Jacques (1712-78)*, in *Routledge Encyclopedia of philosophy*, 1998. Sul rapporto tra il pensiero di Rousseau e il costituzionalismo v. specificamente E. DALY, *Rousseau's Constitutionalism. Austerity and Republican Freedom*, Oxford, Hart Publishing, 2017, 1 ss. Nella letteratura italiana, una recente ricostruzione della teoria rousseauiana della punizione si trova in F. TOTO, “Public Enemy”? *Difficulties in Rousseau's Theory of Punishment*, in *The Italian Law Journal*, 1, 2021, 415 ss.

¹¹³ Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique* (1762), in *Collection complète des oeuvres*, vol. 1, Ginevra, 1782, libro II, cap. XII, 251 in cui, nell'ambito di una classificazione delle leggi e prima di indicare che la trattazione verterà solamente su quelle politiche, le leggi penali sono definite «la sanction de toutes les autres». In italiano J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), trad. it. J. Bertolazzi, Milano, G. Feltrinelli, 2022, 129 ss. («[le leggi penali] non sono tanto una categoria particolare di leggi, quanto la sanzione di tutte le altre»).

riflessione costituzionalistica sin qui esaminata, anche nel pensiero politico di Rousseau legittimazione dello Stato e legittimazione di punire sono strettamente connesse¹¹⁴.

Ciò deriva, in particolare, dalla necessità di spiegare la questione – teoricamente ancora aperta – di come sostenere la compatibilità logica tra finalità del contratto sociale («*défende & protège [...] la personne & les biens de chaque associé*»)¹¹⁵ con il potere del sovrano di punire. Come ho ricostruito poco più sopra, Hobbes aveva difatti aggirato questo problema ricorrendo all’argomento del carattere naturale e non giuridico del potere punitivo; Locke lo aveva risolto con l’idea di un diritto naturale di punire che gli uomini trasmettono alla società; Rousseau, invece, riconduce ancor più linearmente anche il fondamento della punizione a un *atto di consenso* del soggetto punito, così riconoscendo a essa una piena legittimazione giuridico-politico (accettabile secondo gli standard della teoria politica contemporanei). Lo fa, precisamente, in questi termini:

«La peine de mort infligée aux criminels peut être envisagée à-peu-près sous le même point de vue: c’est pour n’être pas la victime d’un assassin que l’on consent à mourir si on le devient. Dans ce traité, loin de disposer de sa propre vie on ne songe qu’à la garantir, & il n’est pas à présumer qu’aucun des contractans prémédite alors de se faire pendre»¹¹⁶

Questo atto di consenso non è, peraltro, del tutto incondizionato, come la tradizionale considerazione del pensiero rousseauiano potrebbe invece portare a pensare. Anche la famigerata affermazione per cui «*quand le prince lui a dit, il est expédient à l’Etat que tu meures, il doit mourir*»¹¹⁷, che, insieme a qualche altro passaggio di tenore analogo degli scritti di Rousseau, si usa spesso per consegnare il *Du contrat social* e il suo autore alla migliore tradizione del pensiero collettivistico (o, comunque, olistico), va difatti collocata nel più ampio contesto della teoria rousseauiana della *volonté générale* per essere adeguatamente compresa¹¹⁸. La *volonté générale* non è difatti, in realtà, affatto priva di limiti.

¹¹⁴ Cfr. C. BRETTSCHEIDER, *Rights within the social contract: Rousseau on punishment*, in A. SARAT, L. DOUGLAS e M. MERRILL UMPHREY (a cura di), *Law as Punishment/Law as Regulation*, Stanford, Stanford University Press, 2011, 51.

¹¹⁵ J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique* (1762), in *Collection complète des oeuvres*, vol. 1, Ginevra, 1782, libro I, cap. VI, 203; in italiano J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), trad. it. J. Bertolazzi, Milano, G. Feltrinelli, 2022, 79 («difenda e protegga le persone e i beni di ogni associato»).

¹¹⁶ J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique* (1762), in *Collection complète des oeuvres*, vol. 1, Ginevra, 1782, libro II, cap. V, 226; in italiano J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), trad. it. J. Bertolazzi, Milano, G. Feltrinelli, 2022, 105: «La pena di morte inflitta ai criminali può essere considerata pressappoco sotto lo stesso punto di vista: è per non essere vittima di un assassino che si acconsente a morire se tale si diventa. In questo patto, lungi dal disporre della propria vita, si pensa soltanto a garantirla; e non è da presumere che qualcuno dei contraenti premediti allora di farsi impiccare».

¹¹⁷ J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique* (1762), in *Collection complète des oeuvres*, vol. 1, Ginevra, 1782, libro II, cap. V, 225; in italiano J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), trad. it. J. Bertolazzi, Milano, G. Feltrinelli, 2022, 104 («quando il principe dice: “Allo Stato occorre che tu muoia”, egli deve morire»).

¹¹⁸ Sui diversi modi di intendere la volontà generale nei lavori dei commentatori v. *funditus* C. BERTRAM, *Rousseau’s Legacy in Two Conceptions of the General Will: Democratic and Transcendent*, in *Review of Politics*, 3 (74), 2012, 403-420.

Al contrario, la volontà generale – e, di conseguenza, la volontà generale di punire – è legittima *solo se e solo in quanto basata sul contratto sociale*; di conseguenza, essa per Rousseau deve essere *equa*, nel senso di eguale nei confronti di tutti; ed *utile*, non potendo perseguire fini diversi che il bene pubblico¹¹⁹. A ciò consegue, letteralmente, che «*le pouvoir souverain, tout absolu, tout sacré, tout inviolable qu'il est, ne passe ni ne peut passer les bornes des conventions générales, & que tout homme peut disposer pleinement de ce qui lui a été laissé de ses biens & de sa liberté par ces conventions*»¹²⁰ e, cioè, che anche il potere sovrano incontra dei limiti, al superamento dei quali il contratto sociale diviene «*vaines & de nul effet*» e ogni soggetto riacquista i propri diritti originari e libertà naturali¹²¹.

Seguendo questo ragionamento, per quanto riguarda specificamente la pena anche Rousseau può così formulare a sua volta un principio di *stretta necessità della pena*:

«Il n'y a point de méchant qu'on ne pût rendre bon à quelque chose. On n'a droit de faire mourir, même pour l'exemple, que celui qu'on ne peut conserver sans danger»¹²²

Nel complesso, pertanto, il potere punitivo nel pensiero politico di Rousseau si fonda sul consenso dato dai membri della società a una propria ipotetica futura punizione e, al tempo stesso, risulta limitato dalle strette condizioni a cui tale consenso è stato (da tutti e reciprocamente) prestato¹²³.

¹¹⁹ Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique* (1762), in *Collection complète des oeuvres*, vol. 1, Ginevra, 1782, libro II, cap. IV, 223; in italiano J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), trad. it. J. Bertolazzi, Milano, G. Feltrinelli, 2022, 102.

¹²⁰ J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique* (1762), in *Collection complète des oeuvres*, vol. 1, Ginevra, 1782, libro II, cap. IV, 224; in italiano J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), trad. it. J. Bertolazzi, Milano, G. Feltrinelli, 2022, 103 («il potere sovrano, per quanto assoluto, sacro e inviolabile, non oltrepassa né può oltrepassare i limiti delle convenzioni generali, e che ogni uomo può disporre pienamente di ciò che queste convenzioni gli hanno lasciato dei suoi beni e della sua libertà»).

¹²¹ J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique* (1762), in *Collection complète des oeuvres*, vol. 1, Ginevra, 1782, libro I, cap. VI, 203; in italiano J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), trad. it. J. Bertolazzi, Milano, G. Feltrinelli, 2022, 79 («vane e ne annullerebbe l'effetto»). In questo senso parte dei commentatori hanno letto in Rousseau una giustificazione dell'anarchia *a posteriori*, nel senso che siccome nessun sistema politico reale rispetta gli standard della sua dottrina del potere legittimo, i soggetti non dovrebbero mai sentirsi vincolati al potere pubblico (sul tema v. C. BERTRAM, *Jean Jacques Rousseau*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2020 Edition), 2020, §3.1).

¹²² J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique* (1762), in *Collection complète des oeuvres*, vol. 1, Ginevra, 1782, libro II, cap. V, 227; in italiano J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), trad. it. J. Bertolazzi, Milano, G. Feltrinelli, 2022, 105 («non si ha il diritto di far morire neanche per dare l'esempio, se non chi non si possa serbare in vita senza pericolo»).

¹²³ Siccome Rousseau afferma che alla base di ogni valido contratto sociale vi è, almeno, una decisione unanime C. BRETTSCHEIDER, *Rights within the social contract: Rousseau on punishment*, in A. SARAT, L. DOUGLAS e M. MERRILL UMPHREY (a cura di), *Law as Punishment/Law as Regulation*, Stanford, Stanford University Press, 2011, 55-56 traccia un parallelo tra la dottrina di Rousseau e l'*original position* di J. RAWLS, *A theory of justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, e dunque interpreta la dottrina rousseauiana nel senso che essa impone al potere di punire il rispetto delle condizioni che, in un ipotetico momento di formazione del contratto sociale, tutti i membri avrebbero ragionevolmente potuto accettare.

2.4.1. Segue: *La connessione tra questione sociale e questione penale*

In particolare, una delle condizioni di validità del consenso prestato dai soggetti per la costituzione dello Stato e, peraltro, quella che si trova più chiaramente formulata nelle opere di Rousseau è connessa alla garanzia da parte del potere pubblico della sicurezza individuale, intesa, tuttavia, non solo nell'accezione tradizionalmente contrattualista di sicurezza nel godimento della propria "proprietà" (vita, libertà, beni), ma anche come *garanzia di un livello minimo di benessere individuale* per tutti i consociati¹²⁴.

Per Rousseau, uno dei compiti fondamentali dello Stato è difatti l'alleviamento della povertà sia nella sua dimensione individuale (di garanzia delle condizioni minime di esistenza dignitosa per ciascuno)¹²⁵ sia in quella collettiva (di evitare un'eccessiva disuguaglianza tra i soggetti)¹²⁶. In questo modo, dunque, giustizia politica e giustizia economica vengono strettamente legate, con la conseguenza logica che, almeno in teoria, la legittimazione stessa del potere pubblico finisce per dipendere dalla capacità di quest'ultimo di affrontare la *questione sociale*.

«La sûreté particulière est tellement liée avec la confédération publique, que sans les égards que l'on doit à la foiblesse humaine, cette convention seroit dissoute par le droit, s'il périssoit dans l'Etat un seul citoyen qu'on eût pu secourir [...] car les conventions fondamentales étant enfreintes, on ne voit plus quel droit ni quel intérêt pourroit maintenir le peuple dans l'union sociale, à moins qu'il n'y fût retenu par la seule force qui fait la dissolution de l'Etat civil»¹²⁷

Muovendo da queste considerazioni generali e dal passo del *Discours sur l'économie politique* appena riportato, nella letteratura secondaria sulla teoria penale rousseaiana è stato addirittura sostenuto che la punizione inflitta a un cittadino che vive in uno stato di povertà dovrebbe ritenersi priva di qualsiasi legittimazione politica o, comunque, adottando una prospettiva più gradualistica, che la potestà punitiva dello Stato dovrebbe considerarsi limitata in una misura corrispondente a quella dell'inadempimento

¹²⁴ V. furtius S.J. SCHOLZ, *Rousseau on Poverty*, in H.M. STACY e W.C. LEE (a cura di), *Economic Justice, Philosophical and Legal Perspectives*, Springer, New York, 2013, 22.

¹²⁵ Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Discours sur l'économie politique (1755)*, in *Collection complète des oeuvres*, vol. 1, Ginevra, 1782, II, 383, dove si legge che «*En effet, l'engagement du Corps de la nation n'est-il pas de pourvoir à la conservation du dernier de ses membres avec autant de soin qu'à celle de tous les autres? Et le salut d'un citoyen est-il moins la cause commune que celui de tout l'Etat?*»; in italiano J.J. ROUSSEAU, *Sull'economia politica (1755)*, in *Scritti politici*, trad. it. M. Garin, Bari, Laterza, 1994, 293 ss. («Infatti, l'impegno del corpo della nazione non è forse di provvedere alla conservazione dell'ultimo dei suoi membri con la stessa cura che dedica a quella di tutti gli altri? E la salvezza del cittadino è forse interesse comune meno di quella di tutto lo Stato?»).

¹²⁶ Cfr., tra i molti passaggi per la sua chiarezza, J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique (1762)*, in *Collection complète des oeuvres*, vol. 1, Ginevra, 1782, libro II, cap. XI, 247 ss.; in italiano J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale (1762)*, trad. it. J. Bertolazzi, Milano, G. Feltrinelli, 2022, 126 ss.

¹²⁷ J.J. ROUSSEAU, *Discours sur l'économie politique (1755)*, in *Collection complète des oeuvres*, vol. 1, Ginevra, 1782, II, 383; in italiano J.J. ROUSSEAU, *Sull'economia politica (1755)*, in *Scritti politici*, trad. it. M. Garin, Bari, Laterza, 1994, 293 ss. («La sicurezza privata è talmente legata alla confederazione pubblica che, senza i riguardi dovuti alla debolezza umana, questa convenzione sarebbe disciolta di diritto se nello Stato perisse un sol cittadino che si sarebbe potuto soccorrere [...] risultando infranti i patti fondamentali, non si vede più qual diritto o quale interesse potrebbe mantenere il popolo nell'unione sociale, a meno che non fosse trattenuto dalla sola forza, il che avrebbe come risultato la dissoluzione dello stato civile»).

dell'obbligazione pubblica di garantire ai cittadini un livello di benessere necessario all'effettivo godimento della libertà civile¹²⁸.

Al di là della condivisibilità di simili conclusioni radicali, questo aspetto della riflessione di Rousseau dimostra però certamente un punto importante: che una teoria costituzionale (generale e, dunque, anche della punizione) che prenda sul serio il valore dell'uguaglianza non può disinteressarsi delle condizioni materiali di vita dei soggetti sottoposti al potere pubblico. In una sua versione minima, pertanto, si può sicuramente dire che per Rousseau – così come per stabilire un sistema di tassazione equo è necessario quantificare le imposte tenendo conto non solo della quantità della proprietà, ma anche delle differenze delle condizioni sociali e della superfluità dei beni posseduti¹²⁹ – le punizioni dovrebbero, allo stesso modo, essere commisurate con l'obiettivo di garantire un loro *eguale livello di afflizione*. Sicché non è assolutamente accettabile in questo modello avere leggi penali uguali per ricchi e poveri¹³⁰ con pene, ad esempio, pecuniarie che si trasformano per i primi in privilegi di esenzione da certi divieti¹³¹, ma è necessario che ricchi e poveri siano *nei fatti egualmente assoggettati al potere punitivo della società*. In altre parole, se non è certo che Rousseau considerasse anche la punizione uno strumento da indirizzare necessariamente al contrasto di un eccessivo livello di disuguaglianze sociali, non penso si possa invece seriamente dubitare che la filosofia politica rousseauiana abbia inteso escludere categoricamente che il suo esercizio potesse fattivamente contribuire ad ampliarle.

2.5. Kant. Il fondamento morale della sanzione penale e le sue conseguenze

Va infine sinteticamente considerata la teoria kantiana della punizione che, a differenza di tutte quelle fin qui esaminate, presenta un fondamento marcatamente retributivistico del potere punitivo¹³². Il rigetto dell'argomento tradizionalmente

¹²⁸ Così C. BRETTSCHEIDER, *Rights within the social contract: Rousseau on punishment*, in A. SARAT, L. DOUGLAS e M. MERRILL UMPHREY (a cura di), *Law as Punishment/Law as Regulation*, Stanford, Stanford University Press, 2011, 66-67.

¹²⁹ Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Discours sur l'économie politique (1755)*, in *Collection complète des oeuvres*, vol. 1, Ginevra, 1782, III, 407; in italiano J.J. ROUSSEAU, *Sull'economia politica (1755)*, in *Scritti politici*, trad. it. M. Garin, Bari, Laterza, 1994, 300 ss.

¹³⁰ Questo era il paradigma astratto di uguaglianza sostenuto, pur nel senso positivo di evitare trattamenti più favorevoli per i ricchi, da Locke (v. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824, II.11, §142, 215; in italiano J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019, 257 ss.).

¹³¹ Così invece, come già indicato sopra, in T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXVIII, 242; in italiano T. HOBBS, *Leviatano* (1651), trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XXVIII, 334.

¹³² Così secondo la tradizionale interpretazione riportata, per tutti, in L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari, Editori Laterza, 2000, 241; sul tema *funditus* v. P. BECCHI, *Kant retribuzionista*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2002, 362-382; M.A. CATTANEO, *Sulla filosofia penale di Kant e di Hegel*, in L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, Giuffrè, 1984, 117-136; F. RAUSCHER, *Kant's Social and Political Philosophy*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2022 Edition)*, 2022, §7; segnale, tuttavia, che alcuni studi recenti hanno in diverso grado messo in discussione questa convinzione diffusa, presentando il fondamento della teoria della punizione kantiana come un misto tra formanti utilitaristici e retributivi o,

contrattualistico per cui la fondazione della pena legale, coincidendo con quella dello stesso Stato, sarebbe da ricercare nella necessità di preservare i beni giuridici dei cittadini (e, dunque, principalmente nella necessità di prevenire future aggressioni) consegue alla celeberrima massima kantiana per cui è necessario trattare sempre ogni persona come un fine e non come un mezzo. Il rigetto di una fondazione utilitarista della punizione legale è particolarmente evidente nel seguente passaggio del *Die Metaphysik der Sitten*:

«La punizione giuridica (*poena forensis*) [...] non può mai venir decretata semplicemente come un mezzo per raggiungere un bene, sia a profitto del criminale stesso, sia a profitto della società civile, ma deve sempre venirgli inflitta soltanto *perché egli ha commesso un crimine*. E ciò perché l'uomo non deve mai essere trattato come un puro mezzo in servizio dei fini di un altro ed essere confuso con gli oggetti del diritto reale, contro di che egli è garantito dalla sua personalità innata, quantunque possa benissimo essere condannato a perdere la sua personalità civile. Egli dev'essere trovato *passibile di punizione*, prima ancora che si possa pensare di ricavare da questa punizione qualche utilità per lui stesso o per i suoi concittadini»¹³³.

addirittura, unicamente utilitaristici, per cui rispettivamente v. T.E. HILL, *Kant on Punishment: A Coherent Mix of Deterrence and Retribution?*, in ID., *Respect, Pluralism, and Justice: Kantian Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 173-179; T. BROOKS, *Kant's Theory of Punishment*, in *Utilitas*, 2, 2003, 206-224; D. TAFANI, *Kant e il diritto di punire*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2000, 55-84, nonché più di recente nello stesso senso di quest'ultimo, F. FANTASIA, *Kant on Punishment: Between Retribution, Deterrence and Human Dignity*, in *The Italian Law Journal*, 1, 2021, 463-488. Dalla lettura di queste fonti ho l'impressione che, come indica T. BROOKS, *Kant's Theory of Punishment*, in *Utilitas*, 2, 2003, 207, l'interpretazione tradizionale del fondamento del potere punitivo come retribuzione etica faccia riferimento allo Stato c.d. ideale (e dunque al piano della teoria normativa dello Stato, alla cui analisi io sono qui prevalentemente interessato), mentre gli ultimi studi al piano della teoria dello Stato giuridico (o positivo).

¹³³ I. KANT, *La metafisica dei costumi (1797)*, trad. it. G. Vidari, Urbino, Laterza, 2022, 164; in tedesco I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten (1797)*, in *Immanuel Kant: Werke*, Darmstadt, Wissenschaftl. Buchges., 1968, 331: «*Richterliche Strafe (poena forensis) [...] kann niemals bloß als Mittel ein anderes Gute zu befördern für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines Anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wiewider ihn seine angeborne Persönlichkeit schützt, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen gar wohl verurtheilt werden kann. Er muß vorher strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen*».

¹³⁴ Cfr. I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten (1797)*, in *Immanuel Kant: Werke*, Darmstadt, Wissenschaftl. Buchges., 1968, 331 («*Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ*»); in italiano I. KANT, *La metafisica dei costumi (1797)*, trad. it. G. Vidari, Urbino, Laterza, 2022, 165. Chi più di recente ha sostenuto che il fondamento del potere punitivo non sarebbe per Kant di tipo retributivistico ma utilitaristico propone un'interpretazione diversa di questo passaggio secondo cui l'identificazione della legge penale con l'imperativo categorico non comporterebbe una confusione del diritto con la morale, ma significherebbe più semplicemente che all'accertamento di un crimine legislativamente previsto deve conseguire la pena e, dunque, la conseguenza dell'identificazione concernerebbe soprattutto la necessaria limitazione del potere giudiziario ed esecutivo in questa materia (cfr. F. FANTASIA, *Kant on Punishment: Between Retribution, Deterrence and Human Dignity*, in *The Italian Law Journal*, 1, 2021, 473-474).

La tesi retributivistica appare dunque nel pensiero di Kant strettamente legata alla configurazione della legge penale quale imperativo categorico¹³⁴ e questo dà origine a un certo grado di confusione (nel senso di non piena separazione) tra diritto e morale¹³⁵.

Più in generale, si può dire che l'intera dottrina del diritto tracciata nel *Die Metaphysik der Sitten* derivi per deduzione¹³⁶ dal principio supremo della dottrina morale kantiana per cui è sempre necessario agire secondo una massima che può valere nello stesso tempo come legge universale (test di universalizzabilità)¹³⁷. Da questa impostazione generale, derivano due principali conseguenze per il potere punitivo.

Primo, l'unico possibile criterio di determinazione della pena giusta è quello di uguaglianza e, cioè, l'inflizione di una pena omogenea, nella qualità e quantità, al danno causato. La pena è dunque da quantificare secondo la legge del taglione applicata, tuttavia, non secondo le logiche della ragione privata, ma in base a un giudizio razionale di tribunali¹³⁸ e, in ogni caso, con alcuni temperamenti connessi alla necessaria umanità della pena, che non può a sua volta consistere in delitti contro l'umanità in generale¹³⁹. Il senso profondo della teoria retributivistica kantiana è difatti il seguente: siccome il criminale ha agito negando agli altri un certo diritto, non può più pretendere dalla società il suo rispetto secondo uno schema logico che ricalca, per l'appunto, la formulazione del principio di universalizzabilità:

«Il male immeritato che tu fai a un altro del popolo, lo fai a te stesso. Se oltraggi lui, oltraggi te stesso; se rubi a lui, rubi a te stesso; se colpisci lui, colpisci te stesso, se uccidi lui; uccidi te stesso»¹⁴⁰

¹³⁴ Cfr. I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in *Immanuel Kant: Werke*, Darmstadt, Wissenschaftl. Buchges, 1968, 331 («Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ»); in italiano I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), trad. it. G. Vidari, Urbino, Laterza, 2022, 165. Chi più di recente ha sostenuto che il fondamento del potere punitivo non sarebbe per Kant di tipo retributivistico ma utilitaristico propone un'interpretazione diversa di questo passaggio secondo cui l'identificazione della legge penale con l'imperativo categorico non comporterebbe una confusione del diritto con la morale, ma significherebbe più semplicemente che all'accertamento di un crimine legislativamente previsto deve conseguire la pena e, dunque, la conseguenza dell'identificazione concernerebbe soprattutto la necessaria limitazione del potere giudiziario ed esecutivo in questa materia (cfr. F. FANTASIA, *Kant on Punishment: Between Retribution, Deterrence and Human Dignity*, in *The Italian Law Journal*, 1, 2021, 473-474).

¹³⁵ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari, Editori Laterza, 2000, 244; ma già M.A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano, Giuffrè, 1981, 287 ss.

¹³⁶ Cfr. ad es. la formulazione del principio universale del diritto in I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in *Immanuel Kant: Werke*, Darmstadt, Wissenschaftl. Buchges, 1968, 331; in italiano I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), trad. it. G. Vidari, Urbino, Laterza, 2022, 35.

¹³⁷ V. I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), trad. it. G. Vidari, Urbino, Laterza, 2022, 29.

¹³⁸ Cfr. I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in *Immanuel Kant: Werke*, Darmstadt, Wissenschaftl. Buchges, 1968, 332; in italiano I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), trad. it. G. Vidari, Urbino, Laterza, 2022, 165. Sul tema cfr. anche M. DONINI, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione de rimprovero*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4, 2020, 1703-1707.

¹³⁹ L'eccezione riguardava, ad esempio, i casi di stupro. Sul punto *funditus* D. TAFANI, *Kant e il diritto di punire*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2000, 73 ss.

¹⁴⁰ I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), trad. it. G. Vidari, Urbino, Laterza, 2022, 165; in tedesco I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in *Immanuel Kant: Werke*, Darmstadt, Wissenschaftl. Buchges, 1968, 332: «Übel du einem Anderen im Volk zufügst, das thust du dir selbst an. Beschimpfst du ihn, so beschimpfst du dich selbst; bestiehst du ihn, so bestiehst du dich selbst; schlägst du ihn, so schlägst du dich selbst; tödtest du ihn, so tödtest du dich selbst».

Così, per esempio, Kant nega che un'ammenda in denaro sia un'adeguata punizione per un'ingiuria e dovrebbe, invece, essere preferita l'umiliazione pubblica. Nonostante non fosse strettamente necessario rispetto ai presupposti della sua argomentazione, a fondamento dell'inidoneità viene indicata anche la necessità di evitare che chi ha molto denaro possa restare impunito¹⁴¹, e ciò è un indice dell'importanza logico-morale nella teoria punitiva kantiana dell'uguaglianza¹⁴² e della sua concezione in senso non solo formale.

Secondo, il collegamento della definizione di diritto penale con il concetto di imperativo categorico costituisce, nel contesto della filosofia politica di Kant, un limite materiale per il legislatore (ideale) particolarmente stringente perché, a sua volta, si collega con la definizione del diritto alla libertà, così formulata:

«La *libertà* (indipendenza dall'arbitrio costringitivo altrui), in quanto essa può coesistere con la libertà di ogni altro secondo una legge universale, è questo l'unico diritto originario spettante a ogni uomo in forza della sua umanità»¹⁴³

In altre parole, nell'ambito della riflessione kantiana, l'attività di criminalizzazione non è solo genericamente limitata in termini di funzionalizzazione (riconoscimento di una finalità pubblica da perseguire) o di necessaria minimizzazione (per la sua incidenza su beni giuridici degli individui), ma ciò che può essere criminalizzato è esso stesso deduttivamente determinabile a partire dal principio supremo della dottrina morale sicché o un comportamento viola la massima, e allora deve sempre essere punito, o non la viola, e allora non deve essere punito.

Anche in questo caso, dunque, la teoria della pena appare strettamente connessa alla più generale teoria dello Stato, giacché è proprio attraverso la prima che il secondo realizza il suo primario obiettivo di massimizzazione della libertà eguale dei cittadini¹⁴⁴. Questo aspetto della teoria della punizione di Kant è particolarmente importante se confrontato con il dibattito attuale sugli obblighi di penalizzazione, che approfondirò più avanti in questo lavoro. Esso mostra, difatti, che una certa concezione di tutela dei diritti e delle libertà individuali può teoricamente implicare un *dovere di punire* chi pone in

¹⁴¹ Cfr. I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in *Immanuel Kant: Werke*, Darmstadt, Wissenschaftl. Buchges, 1968, 33; in italiano I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), trad. it. G. Vidari, Urbino, Laterza, 2022, 166.

¹⁴² Sull'uguaglianza, intesa da Kant come diritto a non essere costretti a nulla di più di ciò a cui possiamo reciprocamente costringere altri, cfr. I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in *Immanuel Kant: Werke*, Darmstadt, Wissenschaftl. Buchges, 1968, 237; in italiano I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), trad. it. G. Vidari, Urbino, Laterza, 2022, 44.

¹⁴³ I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), trad. it. G. Vidari, Urbino, Laterza, 2022, 44; in tedesco I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in *Immanuel Kant: Werke*, Darmstadt, Wissenschaftl. Buchges, 1968, 237: «*Freiheit (Unabhängigkeit von eines Anderen nöthigender Willkür), sofern sie mit jedes Anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht*». Sul concetto di libertà e sulle relazioni tra esso e la dottrina politico-giuridico kantiana v. S. ROSSI, *Costituzione e libertà. Kant e la dottrina costituzionalistica tedesca*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 1998, 377-396 e spec. 382 ss.

¹⁴⁴ Cfr. sul punto F. RAUSCHER, *Kant's Social and Political Philosophy*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2022 Edition), 2022, §2.

essere comportamenti incompatibili con il loro effettivo godimento da parte di altri membri della società.

2.5.1. Segue: *La teorizzazione della sanzione “amministrativa” quale punizione di diretta emanazione del potere esecutivo*

Nel suo trattato sul diritto penale europeo Stefan Braum individua una delle prime teorizzazioni del dualismo punitivo – penale e “amministrativo” – proprio negli scritti di Kant¹⁴⁵. Vale dunque la pena approfondire, da ultimo, questo punto.

La distinzione tra materia penale e altri illeciti punitivi ha un duplice fondamento nel pensiero kantiano: da un lato essa dipende dalla definizione di diritto penale che ho appena richiamato, nel senso che l’oggetto dell’illecito amministrativo è sostanzialmente differente da quello penale perché non riguarda la violazione di imperativi categorici (fondamento *materiale*); dall’altro la distinzione deriva direttamente dalla teoria della separazione dei poteri sostenuta nel *Die Metaphysik der Sitten* (fondamento *istituzionale*).

Siccome Kant non dà un’espressa definizione dei contenuti degli illeciti non penali, mi soffermo qui soprattutto sul secondo. Diversamente dal modello montesquieuano, il contenuto del principio di separazione dei poteri formulato nella dottrina kantiana è molto più simile alla concezione poi divenuta tradizionale.

«Ogni Stato contiene in sé tre *poteri*, vale a dire contiene la volontà generale unificata che si ramifica in tre persone (*trias politica*): il *potere sovrano* (o sovranità), che risiede nella persona del legislatore; il *potere esecutivo*, nella persona che governa (conformemente alla legge); e il *potere giudiziario* (che assegna a ciascuno il suo secondo la legge) nella persona del giudice (*potestas legislatoria, rectoria et iudiciaria*)»¹⁴⁶

I tre poteri dello Stato, pur coordinati nella reciproca limitazione, mantengono *sfere di attribuzioni originarie* che discendono direttamente dall’idea generale di Stato e non derivano dagli altri poteri: ognuno dei tre poteri ha, cioè, una propria *dignità politica* (*Staatwürde*)¹⁴⁷. Al potere esecutivo, in particolare, spetta un potere di comando¹⁴⁸, che si può realizzare anche mediante l’emanazione di atti normativi (seppur non legislativi), finalizzato a garantire le condizioni – legali e fattuali – necessarie per la concreta

¹⁴⁵ V. S. BRAUM, *Europäische Strafgesetzlichkeit*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2003, 285 ss.

¹⁴⁶ I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), trad. it. G. Vidari, Urbino, Laterza, 2022, 142; in tedesco I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in *Immanuel Kant: Werke*, Darmstadt, Wissenschaftl. Buchges, 1968, 313: «*Ein jeder Staat enthält drei Gewalten in sich, d. i. den allgemein vereinigten Willen in dreifacher Person (trias politica): die Herrschergewalt (Souveränität) in der des Gesetzgebers, die vollziehende Gewalt in der des Regierers (zu Folge dem Gesetz) und die rechtsprechende Gewalt (als Zuerkennung des Seinen eines jeden nach dem Gesetz) in der Person des Richters (potestas legislatoria, rectoria et iudiciaria)*».

¹⁴⁷ Cfr. I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in *Immanuel Kant: Werke*, Darmstadt, Wissenschaftl. Buchges, 1968, 315; in italiano I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), trad. it. G. Vidari, Urbino, Laterza, 2022, 145.

¹⁴⁸ Sul significato storico da attribuire al termine, più simile al concetto contemporaneo di *authority*, v. B. SHARON BYRD e J. HRUSCHKA, *Kant’s Doctrine of Right. A commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 148.

realizzazione delle leggi¹⁴⁹. Così, ad esempio, oltre all'attuazione di specifiche legislazioni, spettano *originariamente* all'esecutivo funzioni di polizia riguardanti il governo dei mercati e la tutela della sicurezza, tranquillità e decenza pubblica¹⁵⁰, in quanto la regolazione di questi ambiti è un presupposto di tutte le interazioni sociali e, dunque, di qualsiasi legislazione e della stessa esistenza dello Stato¹⁵¹.

Dato che il concetto di punizione è effettivamente coesistente al concetto kantiano di diritto¹⁵², è condivisibile l'interpretazione di Braum secondo cui il potere esecutivo comprenda, per Kant, quello di prevedere punizioni a garanzia delle regole (generali o individuali) che esso può porre. Da ciò, peraltro, discende anche che la decisione esecutiva di punire, purché non sia disposta in violazione di precisi vincoli legali, deve considerarsi inoppugnabile¹⁵³ in quanto espressione di un potere dotato di dignità politica. Il potere esecutivo, difatti, deve agire conformemente alla legge, ma non trova in essa fondamento (è, appunto, un potere originario).

L'esistenza di questo dualismo punitivo nella teoria politica kantiana è un dato molto significativo poiché anticipa la logica di moltissime future ricostruzioni dottrinali della distinzione tra sanzioni penali e amministrative¹⁵⁴, che esaminerò nel dettaglio in seguito. Per il momento è interessante notare, in particolare, che sia nel pensiero di Kant sia in quello di Hobbes (in cui pure emergeva un certo dualismo punitivo), la distinzione tra tipi di sanzioni finisca per essere soprattutto una distinzione di tipo *istituzionale*, derivante, cioè, dalla *riconciliabilità della punizione a poteri statali differenti* e, dunque, espressione di forme *qualitativamente* diverse di esercizio della sovranità politica.

2.6. Sintesi dei caratteri del modello storico di teoria costituzionale della punizione

Astraendo dall'analisi appena condotta emerge dunque che la teoria costituzionale, per così dire, classica della punizione si sviluppa tutta a partire dalla teorizzazione del fondamento del potere pubblico come un accordo tra pari finalizzato all'autoconservazione delle qualità naturali umane di libertà ed eguaglianza¹⁵⁵. Da questa

¹⁴⁹ V. I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in *Immanuel Kant: Werke*, Darmstadt, Wissenschaftl. Buchges, 1968, 316; in italiano I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), trad. it. G. Vidari, Urbino, Laterza, 2022, 146.

¹⁵⁰ V. I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in *Immanuel Kant: Werke*, Darmstadt, Wissenschaftl. Buchges, 1968, 325; in italiano I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), trad. it. G. Vidari, Urbino, Laterza, 2022, 157.

¹⁵¹ Cfr. B. SHARON BYRD e J. HRUSCHKA, *Kant's Doctrine of Right. A commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 148 ss. e *funditus* sul ruolo del potere esecutivo nella dottrina kantiana 154 ss.

¹⁵² V. al riguardo *funditus* F. FANTASIA, *Kant on Punishment: Between Retribution, Deterrence and Human Dignity*, in *The Italian Law Journal*, 1, 2021, 466.

¹⁵³ Questo è l'attributo che consegue alla dignità politica del potere esecutivo (I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in *Immanuel Kant: Werke*, Darmstadt, Wissenschaftl. Buchges, 1968, 316; in italiano I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), trad. it. G. Vidari, Urbino, Laterza, 2022, 146).

¹⁵⁴ Così è stato, del resto, anche nella dottrina giuridica tedesca (su cui v. anche S. BRAUM, *Europäische Strafgesetzlichkeit*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2003, 308 ss.), a cui quella italiana è, come noto, particolarmente legata nell'ambito della riflessione giuspenalistica.

¹⁵⁵ Questo presupposto è comune alle teorie di Hobbes (*supra* par. 2.1), Locke (*supra* par. 2.2), Rousseau (*supra* 2.4) e Kant (*supra* 2.5, per il quale lo Stato è, di più, finalizzato alla massimizzazione della libertà).

premessa discendono difatti una serie di corollari che possono essere organizzati intorno ai tre concetti base di *potere, libertà e uguaglianza*.

Quanto al potere, dal momento che l'accordo riguarda esclusivamente il fine da perseguire, ma chi vuole il fine, vuole anche i mezzi¹⁵⁶, il primo corollario è che spetta allo Stato scegliere i mezzi migliori per raggiungerlo (*principio di politicità*)¹⁵⁷. I mezzi devono tuttavia rispondere al fine pattuito, sicché il potere di punire si configura – per usare termini più familiari al dibattito giuridico contemporaneo – non già come un potere libero, ma discrezionale (*principio di funzionalizzazione*). Nel complesso, pertanto, ogni punizione deve essere giustificabile in termini di protezione di beni qualificati alla luce del contenuto del contratto sociale¹⁵⁸ (*principio di giustificazione*).

Quanto alla libertà, l'esigenza che essa non sia completamente annullata, comporta in primo luogo che il potere pubblico di punire sia organizzato in modo da tenere distinto il soggetto che stabilisce le punizioni da quello chiamato ad applicarle¹⁵⁹ (*principio di separazione dei poteri*). A sua volta, dalla necessità di questa divisione deriva quella che la punizione sia stabilita prima della commissione del fatto da giudicare, giacché il senso della divisione sarebbe eluso se il legislatore potesse decidere di punire – direttamente o indirettamente – uno specifico fatto già avvenuto¹⁶⁰ (*principio di irretroattività della legge penale*). In secondo luogo, la necessaria tutela della libertà degli individui comporta il divieto di punire più di quanto sia strettamente necessario per conseguire il fine dell'accordo¹⁶¹ (*principio di proporzionalità rispetto al fine*).

¹⁵⁶ Così espressamente T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XVIII, 136; T. HOBBS, *Leviatano (1651)*, trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XVIII, 189; ma successivamente anche J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique (1762)*, in *Collection complète des oeuvres*, vol. 1, Ginevra, 1782, libro II, cap. V, 226; in italiano J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale (1762)*, trad. it. J. Bertolazzi, Milano, G. Feltrinelli, 2022, 104.

¹⁵⁷ La partecipazione da parte dei componenti della società alla formazione concreta della volontà del sovrano – e dunque il grado di *democraticità* della scelta di punire – varia dai minimi (Hobbes) ai massimi (Rousseau). È comunque un elemento comune di tutte le filosofie contrattualistiche esaminate l'identificazione della volontà del sovrano quale volontà di ciascun partecipante all'accordo tramite il meccanismo dell'autorizzazione (concessa da tutti in condizioni di parità).

¹⁵⁸ Si noti che la logica preventiva della pena si inserisce a questo livello del discorso riguardante la giustificazione, ma non è idonea, di per sé, a delimitare i beni meritevoli di protezione. In altre parole, l'affermazione “punisco per prevenire un danno a x” non è da sola sufficiente a soddisfare il requisito della giustificazione, dovendo la giustificazione della punizione necessariamente riguardare anche il profilo della meritevolezza della protezione di x. A qualificare il discorso costituzionale, infatti, non è tanto il primo profilo della giustificazione (prevenzione di danni...), quanto il secondo (...a beni meritevoli di tutela). Difatti, nella teoria kantiana – di stampo retributivistico – il primo profilo è assente (punisco perché hai danneggiato...), mentre il secondo resta (...un bene meritevole di tutela).

¹⁵⁹ Così infatti in Hobbes (*supra* par. 2.1.1), Locke (*supra* par. 2.2), Montesquieu in riferimento a monarchia e repubblica (*supra* par. 2.3), Rousseau (*supra* par. 2.4) e Kant (*supra* par. 2.5).

¹⁶⁰ Questa connessione mi sembra argomentata soprattutto da Montesquieu in riferimento alla necessità di evitare arbitri (*supra* 2.3), che è comune a tutti gli altri autori, ma l'irretroattività è espressamente affermata da Hobbes (*supra* 2.1.1), per il quale, con ragioni estensibili anche agli altri autori, essa è al tempo stesso conseguenza dell'origine politica del diritto penale (è crimine solo ciò che il legislatore dice essere crimine e da quando lo dice) e come principio di ragione radicato nel *common law*.

¹⁶¹ Come sopra già ho spiegato, il fine riguarda primariamente il bene tutelato, a cui si accompagna – in genere – la finalità preventiva quale logica giustificatoria. A questo fa tuttavia eccezione Kant. coerentemente a causa della definizione della legge penale come imperativo categorico per cui l'unica

Quanto infine all'uguaglianza, l'esigenza che essa sia sempre garantita, comporta sul piano istituzionale che al soggetto chiamato ad applicare la punizione sia lasciata la minore discrezionalità possibile¹⁶² (*principio di determinatezza della legge penale*). Rispetto alla quantificazione delle pene, è inoltre necessario che esse non siano stabilite – né in astratto dal legislatore né in concreto da chi le applica – in maniera arbitraria, ma in applicazione di un medesimo criterio, valido per tutti, individuato nella gravità del comportamento da punire¹⁶³ (*principio di proporzionalità rispetto alla gravità del fatto*). Infine, l'uguaglianza richiede che le pene siano anche egualmente afflittive nei fatti¹⁶⁴ (*principio di proporzionalità rispetto alle condizioni materiali del condannato*).

A conferma dei risultati di quest'analisi storico-filosofica si consideri che questi stessi principi corrispondono per larghissima parte a quelli contenuti nella *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, con cui prende effettivamente avvio in Europa il processo di *costituzionalizzazione del diritto penale*¹⁶⁵, inteso come progressivo avvicinamento dei sistemi penali positivi al modello costituzionale mediante la *giuridificazione dei valori del costituzionalismo*. La Dichiarazione si apre infatti con il riconoscimento della libertà e dell'uguaglianza di tutte le persone (art. 1) e la funzionalizzazione del potere politico alla conservazione dei loro diritti naturali alla libertà, proprietà, sicurezza e resistenza all'oppressione (art. 2); viene quindi garantito il diritto di concorrere in condizioni di parità alla formazione della volontà generale (art. 6) e stabilito che la legge deve stabilire solo le pene “strettamente ed evidentemente necessarie” e che nessuno può essere punito se non in forza di una legge stabilita e promulgata prima del delitto e applicata secondo il diritto (art. 8), nel rispetto della separazione dei poteri (art. 16)¹⁶⁶.

Come tutte le teorie filosofico-politiche, anche la teoria costituzionale della punizione sviluppata dai primi esponenti del pensiero costituzionalistico che ho cercato di ricostruire qui nei suoi tratti più salienti è ovviamente un prodotto storico, rispondente,

proporzionalità ammissibile è la giusta retribuzione rispetto al fatto compiuto, considerata *a priori* necessaria per la realizzazione del fine dell'accordo di massimizzazione della libertà (*supra* par. 2.5).

¹⁶² A tutto il pensiero contrattualistico è difatti comune una visione della giurisdizione come attività meramente cognitivistica in cui i margini di interpretazione giudiziale sono generalmente negati o malvisti; ciò è in definitiva in linea con l'idea di *bouche de la loi* che deve realizzare la volontà sovrana espressa dal legislatore e non imporre agli individui maggiori vincoli di quelli ai quali essi abbiano acconsentito (mediante autorizzazione o, nelle repubbliche, mediante partecipazione alla formazione della volontà generale).

¹⁶³ Con varie giustificazioni, ora consequenzialistiche (Hobbes, *supra* 2.1.1) ora deontologiche (Locke, *supra* 2.2.1; Montesquieu, *supra* 2.3.1; Kant *supra* 2.5). Si noti che alla proporzionalità non è assegnato un ruolo *solo negativo* di limite contro gli eccessi punitivi, ma *anche positivo* di *necessità di prevedere punizioni adeguate* alla gravità del fatto punito (e alle condizioni del soggetto da punire).

¹⁶⁴ Il principio è espressamente affermato da Hobbes (*supra* 2.1.1) e Kant (*supra* 2.5) in riferimento alle sanzioni pecuniarie ed ampiamente argomentato nella filosofia politica di Rousseau (*supra* 2.4).

¹⁶⁵ Cfr. A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 3 ss.

¹⁶⁶ Un'ulteriore conferma della connessione storica che esiste tra l'esperienza costituzionale italiana e le riflessioni qui ricostruite è data dai molti riferimenti fatti alla Dichiarazione del 1789 nell'ambito dei lavori dell'Assemblea costituente; in particolare in materia penale cfr. ASSEMBLEA COSTITUENTE, PRIMA SOTTOCOMMISSIONE, *Resoconto sommario della seduta di mercoledì 18 settembre 1946* (pres. Tupini), 66.

come tale, alle esigenze del tempo a cui appartiene. A uno sguardo contemporaneo, ad esempio, la teoria qui ricostruita appare incompleta sia sotto alcuni aspetti sostanziali, (come quello dell'umanità delle pene¹⁶⁷ e della necessaria colpevolezza del condannato¹⁶⁸) sia istituzionali (in particolare in relazione all'assenza di rimedi legali in caso di violazione dei limiti al potere teorizzati¹⁶⁹, difetto che sarà, insieme ad altri fattori politici, alla base del fallimento del progetto sociale espresso dalla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*¹⁷⁰). Una teoria costituzionale della punizione, insomma, varia al variare dei tempi ed è soggetta essa stessa a una continua revisione e progressione.

In linea con quanto ho anticipato, la sua ricostruzione storica non ha dunque, nei miei intenti, la finalità di presentare una teoria che può essere immediatamente applicata nella riflessione contemporanea, ma costituisce un più modesto tentativo di evidenziare gli *obiettivi politici minimi* ed alcuni *elementi fondamentali* a questi connessi (attinenti tanto alla struttura del discorso quanto ai valori sottostanti) che è però necessario conservare se, nel formulare una teoria contemporanea della punizione, ci si vuole muovere nel solco del costituzionalismo.

I prossimi paragrafi sono dedicati a chiarire meglio il possibile rilievo per gli studi costituzionalistici dell'idea di *teoria costituzionale della punizione*, anche con riferimento, in particolare, alla questione dell'ammissibilità teorica di un pluralismo punitivo (penale, amministrativo, ecc.).

3. *Analisi del concetto di teoria costituzionale della punizione e discussione della sua rilevanza per gli studi costituzionalistici*

Giunti a questo punto è possibile precisare una definizione operativa di *teoria costituzionale della punizione* come metateoria normativa, politica e morale, della punizione fondata sui valori fondamentali di libertà ed eguaglianza.

¹⁶⁷ Cenni a tale problema sono in realtà rintracciabili sia nel programma di diritto penale liberale tracciato da Montesquieu (*supra* par. 2.3) sia, soprattutto, nella discussione kantiana della determinazione della pena giusta (*supra* par. 2.5).

¹⁶⁸ Riguardo alla colpevolezza, mi sembra, possono rintracciarsi in questa prima fase di sviluppo del pensiero costituzionalistico solo alcuni elementi relativi alla personalità della responsabilità penale (connessi soprattutto al necessario accertamento di una violazione di legge) e, implicitamente e in forma molto basilare, alla rimproverabilità della violazione (Hobbes, ad esempio, discute chiaramente la questione della necessaria conoscibilità della legge penale, su cui v. *supra* 2.1.1 e l'irresponsabilità dei folli e dei bambini, per cui cfr. T. HOBBS, *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909, II.XXVII, 232; in italiano T. HOBBS, *Leviatano (1651)*, trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021, II.XXVII, 319-320). Una maggiore considerazione della rimproverabilità, ma soprattutto in termini di necessaria valutazione della «malignità interna» al fine della determinazione della pena, è sviluppata da I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten (1797)*, in *Immanuel Kant: Werke*, Darmstadt, Wissenschaftl. Buchges, 1968, 325; in italiano I. KANT, *La metafisica dei costumi (1797)*, trad. it. G. Vidari, Urbino, Laterza, 2022, 333.

¹⁶⁹ Al riguardo, i rimedi teorizzati sono tutti riconducibili a forme di autotutela privata (così ad es. l'appello al cielo di Locke, su cui *supra* 2.2, la nullità del contratto sociale per Rousseau, *supra* 2.4-2.5 e, in termini simili, anche la perdita di efficacia dell'accordo originario teorizzata da Hobbes in caso di incapacità del sovrano di garantire la sicurezza dei sudditi). Questo è del resto coerente con l'impostazione contrattualistica di fondo delle filosofie politiche che si pongono alla base del costituzionalismo.

¹⁷⁰ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 4-5.

Questa definizione richiede alcune specificazioni. Per *normativa* intendo che la funzione di una teoria costituzionale, nel senso qui adottato, è quello di prescrivere come il diritto di uno Stato costituzionale *dovrebbe* essere e non soltanto di descrivere come esso è. Per *politica* intendo che una teoria costituzionale non è interessata esclusivamente al tema della legittimazione morale della punizione pubblica¹⁷¹, ma anche al giusto modo di organizzazione del potere di punire. La definisco infine una *metateoria*¹⁷² perché essa non ambisce a prescrivere esaustivamente come il potere punitivo dovrebbe essere esercitato (gli stessi Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu e Kant avevano, del resto, teorie della punizione parzialmente divergenti), ma ha la funzione di valutare le *condizioni minime* che una teoria politica e morale del potere punitivo dovrebbe rispettare *per offrire una garanzia adeguata ai valori di libertà e uguaglianza* per come concepiti dalla tradizione costituzionalistica.

Un concetto di questo genere può avere, mi sembra, un duplice rilievo per gli studi costituzionalistici e giuridici in genere.

1) In primo luogo, lo studio della teoria costituzionale della punizione – in quanto metateoria normativa (o teoria normativa di secondo livello) – si configura come *studio critico*¹⁷³ delle teorie della punizione di primo livello sviluppate dai penalisti rispetto ai valori del costituzionalismo.

In questa prospettiva critica, si danno cioè teorie della punizione compatibili con la teoria costituzionale della punizione e teorie con essa incompatibili, e ciò è perfettamente coerente con il principio metateorico di politicità sopra enunciato, in base al quale spetta allo Stato scegliere i mezzi migliori perché la punizione persegua il fine generale di conservazione dei beni fondamentali (vita, libertà, proprietà, ecc.) che fonda i poteri pubblici. La determinazione di quali siano i *mezzi migliori* è, del resto, uno degli oggetti tipici delle teorie della punizione di primo livello¹⁷⁴.

Per chiarezza è forse opportuno fare due esempi storici di teorie della punizione di primo livello, sviluppate in seguito alla riflessione costituzionalistica appena analizzata, che appaiono incompatibili con una teoria costituzionale della punizione in quanto fondate sulla negazione dei valori di libertà e di uguaglianza.

¹⁷¹ Questo è invece l'oggetto generalmente considerato dalle teorie del reato contemporanee, come chiarisce D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4, 2013, 1624 («La moderna teoria generale del reato, nella sua struttura di fondo, può essere considerata una teoria morale, relativa alle condizioni di una possibile responsabilità di uomini per il proprio agire (o non agire) e per le conseguenze che ne siano derivate»).

¹⁷² Sulle distinzioni tra etica, metaetica, etica normativa, dalle quali mi muovo per analogia, *cfr.* sempre U. SCARPELLI, *La meta-etica analitica e la sua rilevanza etica*, in ID., *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982, 74-75

¹⁷³ Sulla nozione di *critical constitutionalism*, che indica un aspetto degli studi costituzionalistici presente anche nella letteratura italiana ma che si tende a lasciare indistinto dalla riflessione disciplinare considerata, in termini meno specifici, generale o teorica, v. *funditus* M.E. BRANDON, *Constitutionalism*, in M. TUSHNET, M.A. GRABER e S. LEVINSON (a cura di), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, 2015, 775 ss.

¹⁷⁴ L'idea di una teoria costituzionale della punizione, sotto questo aspetto, può forse contribuire a superare l'aporia nel discorso teorico sulla pena rilevata in C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1, 2018, 455 e 463-464.

La prima di esse è la teoria della Scuola positiva, che ha avuto ampia diffusione nel corso del XIX secolo in Italia e, poi, nei paesi europei vicini¹⁷⁵. Muovendo dalle premesse epistemologiche della corrente filosofica del positivismo ottocentesco, questa dottrina concepiva il crimine quale fatto naturale (nel senso deterministico di naturalmente necessitato¹⁷⁶) e, di conseguenza, la pena quale misura necessaria alla correzione, ove possibile, o comunque alla neutralizzazione del soggetto pericoloso per la società. Indipendentemente dall'analisi di dettaglio della complessiva proposta teorica della Scuola positiva, l'incompatibilità dell'impostazione positivista con una teoria costituzionale della punizione emerge chiaramente sin dai suoi presupposti, chiaramente evidenziati nel *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale* di Enrico Ferri. Qui ai tre cardini essenziali del diritto criminale classico («che il delinquente sia dotato di libero arbitrio o libertà morale; che il delinquente sia fornito di idee e di sentimenti, come ogni altro uomo; che effetto principale delle pene sia quello di impedire l'aumento e lo straripamento dei reati») i positivisti ne contrappongono espressamente altri tre:

«prima, che la psicologia positiva ha dimostrato una pura illusione il così detto libero arbitrio; seconda, che l'antropologia criminale mostra coi fatti che il delinquente non è un uomo normale, ma costituisce una classe speciale, che per anormalità organiche ed acquisite, rappresenta, in parte, nelle società moderne, le primitive razze selvagge, presso cui le idee e i sentimenti morali, quando pure esistono sono allo stato embrionale; terza, che la statistica prova, come il sorgere, l'aumentare, il diminuire e lo scomparire dei reati dipende, in massima parte, da altre cagioni, che non siano le pene sancite nei codici e applicate dai magistrati»¹⁷⁷.

Nella misura in cui la teoria della punizione della Scuola positiva si basa sulla negazione dell'idea di uomo come agente dotato di libertà morale e di quella secondo cui tutti gli uomini nascono uguali, essa appare chiaramente incompatibile con una teoria costituzionale della punizione.

Ma profili di incompatibilità possono anche riguardare, più specificamente, il modo in cui sono sviluppate certe teorie penali, i cui presupposti non si pongono di per sé apertamente in contrasto con una teoria costituzionale della punizione.

È il caso, mi sembra, di quella parte del *Programma di Marburgo* che – sempre muovendo dall'applicazione del metodo naturalistico alla scienza giuridica – predica la maggior *conformità allo scopo* di una pena-difesa irrogata sulla base di tipologie d'autore indotte dall'osservazione empirica:

«Puniamo noi l'uomo per ciò che egli fa o per ciò che egli è? È l'azione oppure è l'autore oggetto del nostro giudizio? [...] Se però risocializzazione, intimidazione e neutralizzazione sono veramente gli effetti possibili ed essenziali della pena, e perciò nel contempo le possibili forme della tutela

¹⁷⁵ Sulla Scuola positiva nell'ambito della storia della filosofia della pena v. in generale L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari, Editori Laterza, 2000, 254, ss.; U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze, Sansoni Editore, 1974, 119 ss.; F. COSTA, *Delitto e pena nella storia della filosofia*, Milano, Facchi Editore, 1924, 271 ss.

¹⁷⁶ Per usare le parole di FERRI “fatalistico”, come spiegato in E. FERRI, *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, Tipografia G. Barbera, 1878, 260.

¹⁷⁷ E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, Zanichelli, 1884, 31.

penale dei beni giuridici, questi tre tipi di pena devono di conseguenza riferirsi anche a tre differenti categorie di delinquenti [derivanti] dai risultati a tutt'oggi ottenuti dall'antropologia criminale»¹⁷⁸.

Così, muovendo dal presupposto che i dati sulla recidiva avrebbero dimostrato l'assurdità del progetto di recupero per «mendicanti e vagabondi, individui d'ambo i sessi dediti alla prostituzione ed alcolizzati, mariuoli e soggetti dalla vita equivoca, degenerati nel fisico e nello spirito»¹⁷⁹ e, al tempo stesso, che essi, «simili ad animali rapaci»¹⁸⁰, avrebbero rappresentato un grave pericolo se lasciati liberi a contatto con il pubblico, la teoria dello scopo conduce a queste conclusioni:

«La società deve proteggersi contro gli irrecuperabili; e dal momento che noi non vogliamo né decapitare né impiccare, né possiamo usare la deportazione, l'unica possibilità che ci rimane è l'isolamento perpetuo, oppure a tempo indeterminato»¹⁸¹.

La dottrina della Scuola positivista e il Programma di Marburgo sono dunque esempi di teorie penali che non rispettano, in tutto o in parte, gli standard di una teoria costituzionale della punizione; la prima poiché nega radicalmente l'esistenza del libero arbitrio e dell'uguaglianza tra gli uomini; la seconda poiché formula categorizzazioni da rifiutare sia sul piano dell'uguaglianza formale sia, e forse soprattutto, su quello dell'uguaglianza sostanziale¹⁸².

Nonostante entrambi questi esempi riguardino teorie risalenti al secolo passato, i cui presupposti non godono più di un analogo credito scientifico, i problemi ad essi sottostanti restano ancora attuali e si presentano oggi, in forme diverse, ad esempio nella riflessione riguardante il rapporto tra diritto penale e neuroscienze¹⁸³ o l'individualizzazione della pena¹⁸⁴. L'analisi critica di questi aspetti della riflessione penalistica contemporanea non è l'oggetto di questa tesi, ma la loro persistenza nel dibattito filosofico-giuridico sul problema penale mostra, mi sembra, l'utilità generale di

¹⁷⁸ F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1905), *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it. A.A. Calvi, Milano Giuffrè, 1962, 44 e 53.

¹⁷⁹ F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1905), *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it. A.A. Calvi, Milano Giuffrè, 1962, 56.

¹⁸⁰ F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1905), *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it. A.A. Calvi, Milano Giuffrè, 1962, 56.

¹⁸¹ F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1905), *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it. A.A. Calvi, Milano Giuffrè, 1962, 56.

¹⁸² Molti dei soggetti indicati da VON LISZT tra gli irrecuperabili appartengono difatti a categorie tendenzialmente caratterizzate da una situazione di alta vulnerabilità economico-sociale. Questo dato materiale non solo non è considerato dalla sua teoria della punizione, ma, al contrario, risulta nei fatti a fondamento della teorizzazione di un bisogno di punizione maggiore. È dunque qui completamente invertita la logica delineata da Rousseau secondo la quale lo Stato non può, mediante l'esercizio del potere punitivo, contribuire all'allargamento o consolidamento della disuguaglianza sociale, su cui v. *supra* 2.4.1.

¹⁸³ Cfr. al riguardo, nell'ambito di una letteratura che sta crescendo rapidamente, O. DI GIOVINE, *La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2, 2013, 626-642; C. GRANDI, *Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale*, *ivi*, 3, 2014, 1249-1290; C. GRANDI, *Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3, 2014, 1249-1290; L. EUSEBI, *Neuroscienze e diritto penale: un ruolo diverso del riferimento alla libertà*, in L. PALAZZANI e R. ZANNOTTI (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, Torino, Giappichelli, 2013, 121-141.

¹⁸⁴ Di recente sull'attualità del pensiero lisztiano v. ad esempio M. DONINI, «Fatto» e «autore» nel diritto penale contemporaneo. Dialogo immaginario tra Giacomo Delitala e Franz von Liszt redivivi, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, 1525-14543.

un concetto quale quello di teoria costituzionale della punizione e, di conseguenza, l'esistenza di spazi per la partecipazione dei costituzionalisti alla definizione di una teoria della punizione che non solo rispetti, ma piuttosto *promuova* i valori del costituzionalismo¹⁸⁵.

2) In secondo luogo, i contenuti di una teoria costituzionale della punizione possono assumere rilievo in una prospettiva, più strettamente giuridica, di *studio critico del diritto (costituzionale) positivo* e, dunque, nella prospettiva metodologica che contraddistingue una scienza costituzionale intesa come scienza critica, a cui accennavo già all'inizio di questa Parte I.

In questa seconda prospettiva, in particolare, una teoria costituzionale della punizione può servire quale termine di paragone per valutare il *grado di costituzionalizzazione* di un determinato ordinamento giuridico positivo ovvero il *potenziale di costituzionalizzazione* di un certo modo di interpretare e applicare il diritto costituzionale vigente. Tanto più un ordinamento positivo o un'interpretazione di un diritto positivo appare rispondente agli *obiettivi politici minimi* che ho sopra sintetizzato, tanto più esso potrà dirsi *costituzionalizzato*.

Il piano d'analisi aperto da questo secondo possibile utilizzo del concetto di teoria costituzionale della punizione, assai meno politicamente impegnato e anche teoricamente meno impegnativo del primo, è quello su cui svolgerò il resto di questa ricerca dottorale.

4. Segue: *Il pluralismo punitivo collocato nella teoria costituzionale della punizione*

Quanto alla specifica questione della distinzione tra vari tipi di sanzioni punitive, l'analisi sin qui condotta mostra che, nella prospettiva della filosofia costituzionale classica, un vero e proprio pluralismo punitivo è stato compiutamente giustificato soltanto in base a un argomento di tipo *istituzionale*.

Questo primo dato indica anche le ragioni della scarsa capacità di affrontare la questione da parte di molte teorie contemporanee del diritto penale, spesso più preoccupate di rispondere alla domanda (morale) del perché punire rispetto a quella (politica) del come tale funzione dovrebbe essere esercitata¹⁸⁶. L'analisi che ho condotto

¹⁸⁵ Il senso di una teoria costituzionale della punizione resta, in fondo, lo stesso alla base della c.d. *costituzionalizzazione della dogmatica penale* auspicata da F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1, 1998, 3-35. Invece che interessarsi allo sviluppo di un paradigma interpretativo della legislazione penale ordinaria, essa riguarda tuttavia direttamente, il livello costituzionale che, non diversamente, dovrebbe essere interpretato secondo un paradigma che tenda all'obiettivo di realizzarne pienamente i valori politico-morali sottostanti. Per una formalizzazione del piano d'analisi su cui intendo muovermi v. L. GIANFORMAGGIO, *La critica morale del diritto: critica esterna o critica interna?*, in R. DE VITA (a cura di), *Società in trasformazione ed etica*, Siena, Università degli studi di Siena, 1992, 101-115, ora in ID., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 205-222.

¹⁸⁶ La distinzione tra una *political theory of criminal law* e una *moral theory of criminal law* è ben delineata in C. BRETTSCHEIDER, *Rights within the social contract: Rousseau on punishment*, in A. SARAT, L. DOUGLAS, e M. MERRILL UMPHREY (a cura di), *Law as Punishment/Law as Regulation*, Stanford, Stanford University Press, 2011, 50-52. Su questa tendenza, anche italiana, a limitare gli studi alle condizioni in presenza delle quali punire e non sul punire in generale cfr. D. PULITANO, *Sulla pena. Fra*

mostra che la questione della distinzione tra binari differenti di punizioni si muove e si può comprendere invece soprattutto nella seconda di queste due prospettive, come è confermato – da un punto di vista storico – dalle tendenze all'amministrativizzazione del diritto penale registrate durante i totalitarismi del Novecento¹⁸⁷ e, dunque, quale conseguenza di una differente concezione del rapporto politico che lega l'individuo alla società.

In particolare, nella prospettiva della filosofia costituzionale classica esaminata in questa sezione, per Hobbes (illimitatamente) e per Kant (limitatamente alle violazioni minori) il perseguimento di certe finalità politicamente apprezzabili *originariamente* riservate al potere esecutivo avrebbe potuto comportare il riconoscimento di un potere di punire svincolato dalle garanzie connesse al meccanismo ordinario di previsione legale da parte del legislatore/applicazione da parte di un organo indipendente delle punizioni. Se questo *modello di disciplina ordinaria* risponde difatti alla necessità (politica) di garantire la *non arbitrarietà* della punizione, il *modello eccezionale* si giustifica, all'opposto, in ragione della diversa necessità (politica) di garantire l'*effettività di funzioni fondamentali* attribuite a organi sovrani per la conservazione delle condizioni di esistenza dell'ordine costituito.

Sebbene questo secondo schema teorico sia stato fatto proprio, come tra poco dirò, da alcuni importanti studiosi delle sanzioni amministrative nel periodo pre-costituzionale, bisogna fin d'ora rilevare come esso – declinato in questi termini radicali – non trovi più spazio nell'orizzonte della concezione attuale della separazione dei poteri, evolutosi nella direzione montesquieuana della bipartizione tra organi di governo e organi di garanzia¹⁸⁸. Nel modello costituzionale italiano, difatti, caratterizzato per una forma di governo parlamentare e fondato, comunque, su una versione forte del principio di legalità, non sembra esservi spazio per un potere punitivo generalizzato da ricondurre ad attribuzioni originarie del potere esecutivo¹⁸⁹.

teoria, principi e politica, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2, 2016, 641-642; nello stesso senso già L. EUSEBI, *Introduzione. Il diritto penale non è una scienza. Sul rapporto fra diritto penale e politica criminale*, in I. MARCHETTI e C. MAZZUCATO, *La pena in castigo. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, V&P, 2006, XXXIII.

¹⁸⁷ Sul sistema penale della Germania nazionalsocialista v. in questo senso S. BRAUM, *Europäische Strafgesetzlichkeit*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2003, 342; un discorso non del tutto uguale, ma senz'altro simile, vale anche per l'esperienza fascista durante il quale al sistema penale ordinario vennero affiancate misure repressive di natura amministrativa (come, ad esempio, il confino di polizia), su cui *funditus* v. G. NEPPI MODONA, voce *La pena nel ventennio fascista*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2012, ora in https://www.treccani.it/enciclopedia/la-pena-nel-ventennio-fascista_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/.

¹⁸⁸ Cfr. sempre L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Bari, Editori Laterza, 2021, 160-163 e in precedenza, già A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in ID. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Urbino, Editori Laterza, 1997, 20.

¹⁸⁹ Cfr. sul punto, in termini generali da una prospettiva di teoria delle fonti, M.S. GIANNINI, voce *Regolamento (in generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 601-602 in cui si mette espressamente in luce il tramonto della concezione di regolamento come «atto contenente proposizione precettive di ambito generale [...] emanato da un soggetto che di regola [...] era un potere

L'argomento *istituzionale* può tuttalpiù rilevare – nei limiti in cui esso è compatibile con il principio di legalità – nella discussione di un particolare tipo di sanzione punitiva, quello disciplinare, che tuttora si caratterizza per l'esistenza di una situazione di *supremazia istituzionale* analoga a quella storicamente riconosciuta, in generale, al potere esecutivo. Per questo motivo, nonostante la trasformazione della Costituzione penale che ho descritto nell'Introduzione abbia riguardato sinora sanzioni amministrative non disciplinari, terrò conto anche di questo particolare tipo di sanzione nel prosieguo del lavoro.

Resta inoltre aperta una seconda possibilità per giustificare e strutturare un pluralismo punitivo, segnalata soprattutto all'interno della teoria della punizione di Montesquieu, ma ripresa anche in quella kantiana: quella, cioè, di tracciare una differenziazione *interna* al diritto penale per le *punizioni minori*, teoricamente dipendente dal contenuto delle violazioni e praticamente implicante una minore rigidità dei procedimenti di definizione dei precetti e della loro applicazione. L'analisi storica mostra insomma che questa prospettiva, avanzata da ultimo in dottrina¹⁹⁰, ha in realtà radici antiche nel pensiero costituzionalistico.

Anche rispetto al problema della differenziabilità nell'organizzazione ed esercizio del potere politico di punire emerge dunque il senso profondo di una teoria costituzionale della punizione, inteso quale luogo di contributo all'elaborazione di criteri di distinzione e graduazione coerenti con le basi filosofiche del costituzionalismo.

pubblico in senso pieno». Nella letteratura costituzionalistica, ma senza specifico riferimento al tema sanzionatorio, v. sul tema in senso conforme L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, CEDAM, 1966 e *contra* E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967. A questo tema è legato altresì la costante negazione dell'esistenza di una riserva di amministrazione da parte della Corte costituzionale (così da sent. n. 62 del 1993). Sul punto v. anche i lavori dell'Assemblea Costituente dove, in riferimento all'art. 23 Cost. e alla superfluità di stabilire il principio per cui nessuna prestazione può essere imposta se non in base alla legge, si afferma espressamente quanto segue: «Ma noi abbiamo votato che la nostra Repubblica deve essere una Repubblica democratica e parlamentare, il che significa che l'esecutivo non può se non eseguire le deliberazioni emanate dal legislativo, cioè le leggi» (v. ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947* (pres. Terracini), 2864).

¹⁹⁰ V. *supra* Introduzione, par. 3.2.2.

SEZIONE II LA FASE POSITIVA

SOMMARIO DELLA SEZIONE. 5. Il potere di punire tra indirizzo tecnico giuridico e costituzionalismo penale. – 6. La prospettiva tecnico-giuridica: dalla concezione sostanziale alla concezione formale di sanzione amministrativa. – 6.1. *Segue*: la sanzione (amministrativa) disciplinare. Cenni. – 6.2. *Segue*: Il diritto penale amministrativo e la costruzione della nozione formale di sanzione penale. 6.3. *Segue*: Relazione tra indirizzo tecnico-giuridico e interpretazione classica della Costituzione penale. Ricostruzione dell'orientamento tradizionale che esclude l'applicabilità degli artt. 25 e 27 Cost. alle sanzioni formalmente amministrative come lettura originalista della Costituzione. – 7. Oltre il nominalismo legalistico: lo sviluppo di una nozione unitaria funzionale di sanzione punitivo-afflittiva. – 8. Il costituzionale penale: la teoria costituzionale del reato. Il metodo – 8.1. *Segue*: Distinzione tra sanzione penale ed extrapenale e sua critica. – 8.2. *Segue*: I limiti al potere del legislatore penale. – 8.3. *Segue*: Il rilievo dell'art. 3.2 Cost e della questione sociale per il problema penale. – 8.4. *Segue*: Il nuovo ruolo del giudice comune. – 8.5. La ricezione della teoria generale del reato e il rifiuto teorico-politico del principio di necessaria offensività costituzionale. – 9. Sintesi dei caratteri dell'approccio tradizionale e dell'approccio costituzionalistico. Loro confronto con gli obiettivi minimi di una teoria costituzionale della punizione per determinare grado e modo della costituzionalizzazione del potere punitivo.

5. *Il potere di punire tra indirizzo tecnico-giuridico e costituzionalismo penale*

Chiariti i termini fondamentali del problema della punizione nella prospettiva della filosofia costituzionale classica e gli obiettivi politici minimi a cui il processo di costituzionalizzazione è da questa orientato, passo ora a esaminare il modo in cui il problema penale è stato affrontato dalla dottrina giuridica italiana moderna e, soprattutto, contemporanea.

La mia analisi si limita alla dimensione più propriamente costituzionale del discorso giuridico sul potere punitivo. In particolare, in questa sezione sono interessato a ricostruire tre elementi che appaiono particolarmente qualificanti in tale dimensione: l'*approccio metodologico* seguito dagli studiosi; la *definizione* adottata di sanzione penale e sanzione amministrativa; il tipo e il grado di *vincoli astrattamente derivabili dalla Costituzione*. Rispetto a questi temi, peraltro, il discorso giuridico mostra una certa continuità con la riflessione filosofica fin qui esaminata. Un simile approccio non può che comportare una qualche forma di semplificazione di discussioni estremamente rilevanti per la letteratura disciplinare penalistica e amministrativistica. Il mio obiettivo, tuttavia, non è prendere posizione su alcuna di tali specifiche questioni, ma soltanto tracciare una sintesi dei modi in cui è proceduto il percorso di *costituzionalizzazione del potere punitivo* da una prospettiva giuridica ma, per così dire, esterna a quella più strettamente disciplinare (penalistica e amministrativistica).

Il tema della costituzionalizzazione ha avuto, del resto, un rilievo del tutto particolare nell'ambito del dibattito italiano sul problema penale. Tutte le ricostruzioni dell'evoluzione del pensiero giuridico penale nella dottrina italiana dell'ultimo secolo tendono difatti a distinguerne la storia in due momenti: prima e dopo la cosiddetta *svolta*

costituzionalistica¹⁹¹. Fino a questo momento di svolta, che si usa far coincidere con il fondamentale contributo di Franco Bricola sulla *Teoria generale del reato*¹⁹², ma che ebbe in realtà alcuni importanti antecedenti¹⁹³, la scienza penalistica maggioritaria¹⁹⁴ aveva difatti proseguito la propria riflessione nel solco dell'indirizzo tecnico-giuridico inaugurato da Arturo Rocco¹⁹⁵.

Il tecnicismo penale di Rocco postulava in particolare un metodo saldamente ancorato ai presupposti del giuspositivismo dello Stato liberale, in base al quale la conoscenza scientifica del diritto penale non poteva che essere raggiunta attraverso la descrizione dei principi fondamentali del diritto vigente e la loro sistematizzazione dogmatica, nell'ambito della quale analizzare antinomie e disarmonie tra i vari istituti di diritto positivo¹⁹⁶. Se da un lato a questo approccio formalistico al diritto penale è riconosciuto il merito di avere "risanato" la scienza penalistica dalla precedente influenza della Scuola Positiva¹⁹⁷, dall'altro esso contribuì alla creazione di una dogmatica del

¹⁹¹ V. per tutti M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Digesto delle Discipline Penali*, IV edizione, Torino, UTET, 1999, 221 ss. e spec. §3; M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2009, 651; F. MANTOVANI, *Stato costituzionale e diritto penale costituzionalizzato*, in P. CARETTI e M.C. GRISOLIA (a cura di), *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, Il Mulino, 2010, 54-55; A. CADOPPI, *Storia del diritto penale*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, M. PAPA, A. MANNA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, vol. 1, Torino, UTET, 2012, 42 ss. e 49 ss. nonché A. MANNA, *Diritto penale e costituzione*, *ivi*, 61 ss.; F. PALAZZO, voce *La pena*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto*, Roma, Istituto Enciclopedia italiana, 2012, 650-659, ora in https://www.treccani.it/enciclopedia/la-pena_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero: Diritto%29/.

¹⁹² F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 7-93.

¹⁹³ V. spec. P. ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, Priulla, 1954 e G. VASSALLI, *I diritti dell'uomo dinanzi alla giustizia penale*, in *La giustizia penale*, 1950, 1-9, ora in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1997, III, 17-30.

¹⁹⁴ Erano infatti presenti anche indirizzi accademici alternativi come quello di F. ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1937, 121-164; quello teleologico di G. BETTIOL, *Sistema e valori nel Diritto penale*, in *Jus*, 1940, 6, 517-533; nonché quello critico di P. NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1949, 379-394.

¹⁹⁵ V. A. ROCCO, *Il problema e il metodo nella scienza del diritto penale, Prelezione al corso di diritto e procedura penale, letta nella R. Università di Sassari il 15 gennaio 1910*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1910, 561 ss. Prima, nello stesso senso, v. le indicazioni di metodo contenute già in E. CARNEVALE, *Critica penale. Studio di filosofia giuridica*, Lipari, Caserta & Favalaro, 1889, 50 ss. Sull'indirizzo tecnico-giuridico in generale v. anche *funditus* U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze, Sansoni Editore, 1974, 114 e poi M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penali cent'anni dopo la Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, 127-178; G. FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, *ivi*, 179-206; T. PADOVANI, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale*, *ivi*, 227-238; D. PULITANÒ, *La scienza penale tra fatti e valori*, *ivi*, 239-254.

¹⁹⁶ Cfr. M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2009, 582. Anche se generalmente riferita a Rocco, si tratta di una metodologia che contribuì ad affermare nella penalistica italiana anche Vincenzo Manzini, su cui v. P. NUVOLONE, *Vincenzo Manzini e la scienza del diritto penale*, in *L'Indice penale*, 1983, 9 ss. Di recente collega espressamente la crisi della dogmatica alla perdita di "razionalità" del diritto penale M. RONCO, *La dogmatica come garanzia di razionalità del diritto penale*, in *L'Indice penale*, 2, 2014, 333-334.

¹⁹⁷ Insieme alle influenze positivistiche, il tecnicismo comportò la separazione della scienza penalistica anche da altre forme di filosofia pratica che predicavano la necessità di adattare il sistema a valori coerenti con quelli del costituzionalismo, come ad esempio gli studi della c.d. penalistica civile nei quali si

diritto penale che – saldamente ancorata al diritto positivo legislativo¹⁹⁸ – poté rimanere a lungo pressoché indifferente al passaggio dallo Stato liberale allo Stato costituzionale¹⁹⁹.

Al contrario, la svolta costituzionalistica degli anni Settanta nacque dall’acquisita consapevolezza della necessità di ricostruire anche la dogmatica penale in maniera da realizzare gli obiettivi fissati dalla Costituzione²⁰⁰. Ne conseguì, come è noto, la teorizzazione dell’idea della *Costituzione come fondamento* – e non già come mero *limite*²⁰¹ – del diritto penale, a cui si connetteva un programma di grande riforma (o, se si vuole, “nuovo risanamento”) del diritto vigente, che in parte il Parlamento e in parte la Corte costituzionale avrebbero dovuto realizzare. Questo tuttavia non avvenne per varie ragioni storiche²⁰², tra cui l’iniziale atteggiamento di deferenza della Corte, solo da poco messa in funzione²⁰³, e le emergenze securitarie degli anni Settanta e Ottanta²⁰⁴, nonché – e forse soprattutto – per l’atteggiamento critico della maggior parte della dottrina rispetto alle conseguenze più radicali dell’approccio costituzionalistico²⁰⁵.

denunciava, tra altri problemi, i difetti sociali del codice penale consistenti nell’esistenza di un unico criterio di imputabilità per poveri e ricchi e, comunque, nel fatto che la pena non colpisce con lo stesso grado di intensità chi ha possibilità economiche differenti e, cioè, più in generale, i limiti del diritto uguale borghese nell’ambito penale (M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2009, 571 che attribuisce queste critiche a E. FLORIAN, *Le ingiustizie sociali del codice penali*, 1896). Sull’appartenenza di questi temi alla riflessione costituzionalistica in materia di pena v. *supra* par. 2.4.1.

¹⁹⁸ Sugli effetti negativi della diffusa simpatia per l’impostazione tecnico-giuridica in termini di “disimpegno culturale” cfr. già G. BETTIOL, *Aspetti e problemi dell’attuale scienza penalistica italiana*, in *L’Indice penale*, 1974, 283-284. Una qualche forma di attaccamento al positivismo giuridico ottocentesco ha caratterizzate, d’altronde, anche la dottrina costituzionalistica (sul tema v. *funditus* A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, G. Giappichelli, 2005, 201 ss. e in part. 221 ss.).

¹⁹⁹ A ciò contribuirono senz’altro anche il mantenimento del codice penale del 1930 invariato, il fatto che in esso era già contenuto il principio di legalità espresso nel nuovo art. 25 Cost. (tanto che in Assemblea costituente si discusse dell’opportunità di riaffermarlo in sede costituzionale, su cui v. ASSEMBLEA COSTITUENTE, PRIMA SOTTOCOMMISSIONE, *Resoconto sommario della seduta di mercoledì 18 settembre 1946 (pres. Tupini)*, 66 e ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta di mercoledì 26 marzo 1947 (pres. Terracini)*, 2494 ss.) e la formulazione dell’art. 27 Cost. che fu presto e, a lungo, sostanzialmente neutralizzata dall’affermazione del paradigma della polifunzionalità della pena (su cui cfr. da ultimo sempre A. AVERARDI, *La costituzione «dimenticata». La funzione rieducativa della pena*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2021, 147 ss.).

²⁰⁰ V. F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1, 1998, *passim*.

²⁰¹ La contrapposizione Costituzione come *limite* e come *fondamento* ha animato e anima tutt’ora anche il dibattito dando origine a modelli interpretativi e argomentativi differenti su cui v. G. PINO, *Costituzione come limite, Costituzione come fondamento, Costituzione come assiologia*, in *Diritto e società*, 1, 2017, 91-120 e, prima, per tutti, G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 338-339.

²⁰² Per un bilancio del progetto di rifondazione costituzionale del sistema penale e delle ragioni della sua crisi da parte del principale sostenitore v. in generale F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l’art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitati alla fine degli anni ’70*, in *La questione criminale*, 1980, 181 ss. e

²⁰³ Cfr. A. MANNA, *Diritto penale e costituzione*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, M. PAPA, A. MANNA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, vol. 1, Torino, UTET, 2012, 82.

²⁰⁴ Cfr. L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Bari, Editori Laterza, 2021, 844.

²⁰⁵ Esaminerò analiticamente le ragioni di opposizione al modello teorizzato da Bricola *infra*, ma in generale sul punto v. già M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta*

Mentre la costituzionalizzazione del diritto penale, nella versione teorizzata da Franco Bricola, fu avviata e non conclusa, nell'ambito degli studi sulla sanzione amministrativa non fu invece mai abbandonato l'approccio tecnico-giuridico di derivazione liberale. Con l'eccezione dell'uso di alcuni argomenti costituzionali per rigettare alcune teoriche del potere sanzionatorio amministrativo prerепublicane considerate ormai superate, l'unica argomentazione di stampo costituzionale in quest'ambito riguardò infatti l'opportunità – resa evidente, nella pratica, soprattutto durante il periodo delle prime depenalizzazioni²⁰⁶ – di estendere per analogia alcune garanzie della Costituzione penale in ragione dell'identità funzionale dei due tipi di sanzioni²⁰⁷, riconosciuta da tempo, del resto, nell'ambito della riflessione di teoria generale²⁰⁸. La trasformazione di ampie fasce di sanzioni penali in sanzioni amministrative ispirata al duplice fine di riavvicinare il sistema penale al paradigma liberale dell'*extrema ratio* e, più prosaicamente, di assicurare un livello di maggiore efficienza complessiva del sistema punitivo²⁰⁹ poneva difatti la necessità storica di riaffermare il valore giuridico del vincolo costituzionale²¹⁰, seppur inteso – dopo il rifiuto del paradigma della Costituzione come fondamento – in senso solo negativo: se il perseguimento di tali finalità politiche, pur importanti, avesse potuto comportare l'annullamento delle garanzie individuali previste dalla Costituzione, ciò avrebbe sostanzialmente decretato – per alcuni – l'inammissibile degradazione degli artt. 25 e 27 Cost. a norme fondamentalmente programmatiche²¹¹.

Così tracciato in termini generali l'oggetto di questa sezione, nelle prossime pagine esaminerò in particolare le differenze a livello di argomentazione giuridica tra l'approccio

costituzionale. *L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Il Foro italiano*, 2, 2001, 29 ss. e A. MANNA, *Diritto penale e costituzione*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, M. PAPA, A. MANNA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, vol. 1, Torino, UTET, 2012, 68 ss.

²⁰⁶ V. in particolare la legge 3 maggio 1967, n. 317 ("Modificazioni al sistema sanzionatorio delle norme in tema di circolazione stradale e delle norme dei regolamenti locali"), la legge 24 dicembre 1975, n. 706 ("Sistema sanzionatorio delle norme che prevedono contravvenzioni punibili con l'ammenda") e, successivamente, la fondamentale legge 24 novembre 1981, n. 689 ("Modifiche al sistema penale"). In letteratura per un inquadramento del tema delle depenalizzazioni, anche con riferimento alle leggi di depenalizzazione successive a quella della prima ora qui riportate, v. A. BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *L'Indice penale*, 2, 2001, 727 ss. e T. DI NINO, *Gli itinerari della depenalizzazione dalla legge n. 689/1981 alla legge n. 205/1999*, in *L'Indice penale*, 2, 2000, 749 ss.

²⁰⁷ V. *supra* Introduzione, par. 2, nota n. 26 e *funditus infra* par. 7.

²⁰⁸ Cfr. C.E. PALIERO e A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Milano, Giuffrè, 1989, 350 ss. e soprattutto 413; ma già, più in generale, N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1969, 534 e 537.

²⁰⁹ Cfr. F. MANTOVANI, *Le "modifiche al sistema penale" del 1981: risultati ed indicazioni di una ricerca empirica*, in *L'Indice penale*, 2, 1985, 445.

²¹⁰ Sulla questione delle garanzie v., per tutti, M.A. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana: saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, G. Giappichelli, 1998, 354 ss. e F. PALAZZO, *La politica criminale nell'Italia repubblicana*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali*, vol. 12, Torino, Einaudi, 1997, 885 ss.

²¹¹ In questo senso in particolare V. BACHELET, *Problemi e prospettive della depenalizzazione delle infrazioni in materia di circolazione stradale*, in AA.VV., *Studi in onore di Carlo Esposito*, Padova, CEDAM, 1974, *passim* e spec. 2259 e, in seguito, M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia. Dall'illecito penale all'illecito amministrativo: un riesame critico alla luce del rapporto fra potere e cittadini* (1983), Bologna, Il Mulino, 1995, *passim*.

tecnico-giuridico e quello costituzionale al tema della potestà punitiva dello Stato e le loro conseguenze in termini di vincoli costituzionali opponibili all'azione del legislatore penale. Dato che per la sanzione amministrativa non si è verificata alcuna svolta costituzionalistica, comincerò dall'analisi della riflessione su di essa e, quindi, passerò a quella penale. Riguardo all'approccio costituzionalistico, rilevante, appunto, soltanto per quest'ultima tipologia di sanzione, ripercorrerò in particolare le critiche che gli furono mosse e che tuttora sono condivise dalla dottrina penalistica maggioritaria. Confronterò infine l'*approccio costituzionalistico* teorizzato da Bricola e quello effettivamente realizzatosi in seguito al suo ridimensionamento, considerato oggi *tradizionale*, con gli *obiettivi politici minimi* di una teoria costituzionale della punizione sopra evidenziati al fine di valutare se e in quale misura questi approcci si prestassero alla loro realizzazione e, se sì, attraverso quali strumenti positivi e di argomentazione giuridica.

6. La prospettiva tecnico-giuridica: dalla concezione sostanziale alla concezione formale di sanzione amministrativa

Nell'ambito delle ricostruzioni sistematiche del concetto di sanzione amministrativa dell'ultimo secolo si possono distinguere due concezioni principali (una *sostanziale* e una *formale*) elaborate al fine di differenziare questo tipo di sanzione da quella penale.

L'esigenza di operare questa distinzione sorse per la prima volta in seguito ai movimenti legislativi successivi alla Rivoluzione francese che – per realizzare i principi garantistici contro il potere punitivo sviluppati dagli illuministi – tesero progressivamente a sostituire al modello degli ordini amministrativi per la violazione dei doveri verso la pubblica amministrazione un modello repressivo para-penale caratterizzato dalla previsione legale delle sanzioni²¹². Questo mutamento di paradigma diede difatti origine a un primo ampio dibattito dottrinale relativo alla *natura* dei vari *tipi* di illeciti che appare, se osservato retrospettivamente, del tutto speculare a quello sviluppatosi nel successivo momento della depenalizzazione. Mi limito in questo paragrafo a indicare i due principali paradigmi teorici che vennero sviluppati nella prospettiva amministrativistica e che, in Italia, hanno influenzato tutto il successivo dibattito sulla sanzione amministrativa. Ripercorrerò brevemente in seguito gli esiti delle stesse discussioni nell'ambito disciplinare penalistico, dove la stessa questione fu concettualizzata soprattutto intorno alla categoria del cosiddetto diritto penale amministrativo²¹³, evidenziando come l'uno e l'altro dibattito giungeranno infine a conclusioni compatibili.

In base a una prima ricostruzione, sarebbero *penali* tutte le misure che hanno la funzione di sanzionare precetti di legge attraverso misure di natura non riparatrice, non

²¹² Cfr. A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive. Parte generale*, Napoli, Tocco, 1925, 3; M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia. Dall'illecito penale all'illecito amministrativo: un riesame critico alla luce del rapporto fra potere e cittadini* (1983), Bologna, Il Mulino, 1995, 23; E. CANNADA-BARTOLI, voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, 126.

²¹³ V. in particolare A. ROCCO, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909, 385 ss.

compensatrice, non eliminatória, ma esclusivamente repressiva²¹⁴. La *sanzione penale* si caratterizzerebbe, cioè, per il fatto di essere «sempre e necessariamente in logica contrapposizione con un fatto vietato dalla norma e [di applicarsi] solo nel caso in cui questa è violata»²¹⁵. Al contrario, la *sanzione amministrativa* sarebbe diretta manifestazione dell'attività di realizzazione dell'«ordine e benessere sociale»²¹⁶ (oggi: interesse pubblico) di competenza della pubblica amministrazione e consisterebbe nella «reazione» amministrativa «minacciat[a] e comminat[a] per la trasgressione di ordini amministrativi [...] indipendentemente dall'emanazione di precetti generali»²¹⁷. Sanzioni penali e sanzioni amministrative, in altre parole, condividerebbero la medesima natura afflittiva e funzione repressiva, ma si distinguerebbero teoricamente in ragione della più generale distinzione tra le categorie della *legislazione e giurisdizione* e quella di *amministrazione*²¹⁸. Sanzionando precetti di legge, difatti, l'applicazione di sanzioni penali – indipendentemente da quale autorità pubblica sia individuata dal diritto positivo come responsabile – comporterebbe sempre attività di tipo giurisdizionale²¹⁹, mentre solo l'irrogazione delle sanzioni amministrative, in quanto «espressione del potere di supremazia dello Stato sui sudditi»²²⁰, consisterebbe invece in attività propriamente amministrativa. Chiamo *sostanziale* questa prima ricostruzione, che, com'è evidente, è direttamente tributaria della nozione di sanzione amministrativa quale *diretta espressione del potere esecutivo* sviluppata nella riflessione costituzionalistica classica²²¹.

Secondo una ricostruzione opposta, che in Italia si deve soprattutto a Guido Zanobini, anche le *sanzioni amministrative* sarebbero invece «pene in senso tecnico», in quanto «conseguenza dannosa che il *legislatore* collega al fatto di colui che viola la norma come corrispettivo della sua azione e come mezzo di restaurazione dell'ordine giuridico turbato»²²². Esse si distinguerebbero, tuttavia, da quelle penali per il solo fatto di essere *applicate da una pubblica amministrazione*²²³. Questa seconda nozione, a differenza della prima, è *formale* perché individuando il criterio di distinzione tra sanzioni penali e sanzioni amministrative nel *procedimento di irrogazione della sanzione* riconduce la differenza a una *scelta del legislatore*. La differenziazione tra i due tipi di sanzione, dunque, è in questa seconda prospettiva costruita a partire dalla disciplina positiva²²⁴ e, cioè, nei termini legalistici che contraddistinguerà l'indirizzo tecnico-giuridico. In questa prospettiva, insomma, la distinzione tra repressione esercitata attraverso la funzione

²¹⁴ Cfr. A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive. Parte generale*, Napoli, Tocco, 1925, 84.

²¹⁵ A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive. Parte generale*, Napoli, Tocco, 1925, 90.

²¹⁶ A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive. Parte generale*, Napoli, Tocco, 1925, 90.

²¹⁷ A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive. Parte generale*, Napoli, Tocco, 1925, 90.

²¹⁸ Cfr. A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive. Parte generale*, Napoli, Tocco, 1925, 90.

²¹⁹ Cfr. A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive. Parte generale*, Napoli, Tocco, 1925, 90.

²²⁰ A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive. Parte generale*, Napoli, Tocco, 1925, 107.

²²¹ V. *supra* 2.5.

²²² G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, F.lli Bocca, 1924, 1 (corsivo aggiunto); cfr. anche F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, Giusti, 1867, 333, §582 in cui la pena è definita come «quel male che dall'autorità civile s'infligge ad un colpevole per causa del suo delitto» e sul fine *ivi*, 357, §615 «il fine primario della pena è il ristabilimento dell'ordine esterno nella società».

²²³ Cfr. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, F.lli Bocca, 1924, 2.

²²⁴ V. *spec.* G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, F.lli Bocca, 1924, 388 ss.

giurisdizionale (propria della sanzione penale) e repressione esercitata attraverso la potestà amministrativa (propria della sanzione amministrativa)²²⁵, con quanto ne consegue²²⁶, appare più una razionalizzazione *a posteriori* delle differenze riscontrabili nella disciplina positiva, che non una giustificazione sostanziale di tali conseguenze.

Nonostante anche la prima ricostruzione manterrà per un certo periodo una qualche influenza nel dibattito dottrinale sul tema²²⁷, l'adesione alla seconda prospettiva risulterà assolutamente prevalente e – con gli opportuni aggiornamenti dovuti all'evoluzione della disciplina positiva – essa rappresenta tuttora l'impostazione maggioritaria²²⁸.

Se si guarda a questa evoluzione in prospettiva storica, si può dire che essa fu dovuta a due fattori, di cui l'uno rafforzante l'altro e viceversa: 1) l'affermarsi nella cultura giuridica italiana di un metodo di stampo marcatamente positivista e 2) la progressiva modifica della disciplina legislativa nel senso della sempre maggiore predeterminazione

²²⁵ Cfr. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, F.lli Bocca, 1924, 386.

²²⁶ Tra queste conseguenze, ad esempio, la dottrina dogmatica per cui l'applicazione della sanzione costituirebbe un diritto dell'amministrazione, già criticata da G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, UTET, 1942, 155, nota n. 2 e 253 ss.

²²⁷ V. in particolare le posizioni istituzionaliste di S. ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, Torino, Unione tipografica, 1898, 17; V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, 825 ss. e spec. 831; F. BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, 549 e anche F. BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna*, Milano, Giuffrè, 1982, 33-44. Anche un'isolata pronuncia della Corte costituzionale, relativa alla possibilità per le Regioni di annullare i crediti derivanti da sanzioni amministrative, presenta una distinzione tra sanzioni penali e amministrative basata su una concezione delle seconde come momento di amministrazione attiva (cfr. Corte cost., sent. 447 del 1988, cons. dir. 3: «le sanzioni amministrative, a differenza da quelle penali, non si pongono come strumento di difesa dei valori essenziali del sistema, come tali non misurabili sul terreno della convenienza economica, ma vengono a costituire un momento ed un mezzo per la cura dei concreti interessi pubblici affidati all'amministrazione»).

²²⁸ In questo senso infatti cfr. C.E. PALIERO e A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Milano, Giuffrè, 1989, 353 (per il metodo da seguire nella ricostruzione) e 412-123 (per le conclusioni sull'identità funzionale tra sanzione penale e amministrativa, ma autonomia sul piano della disciplina positiva) e già A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, CEDAM, 1983, 46-48; G. BARATTI, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1984, 13 ss. e 181; A. ANGELETTI, *Sanzioni amministrative*, in *Noviss. Dig. It. Appendice*, vol. VI, Torino, UTET, 1986, 941; E. CASSETTA, voce *Illecito Amministrativo*, in *Digesto Discipline pubblicistiche*, vol. VIII, UTET, Torino, 1993, §3, ma già molto chiaramente in termini di qualificazione legislativa E. CASSETTA, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna*, Milano, Giuffrè, 1982, 45; M.A. SANDULLI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Istituto enciclopedia italiana, 1992, §1.2.2 ss. (che aggiorna espressamente il criterio zanobiniano del procedimento e autorità irrogante alla qualificazione legislativa della sanzione); E. CANNADA-BARTOLI, voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, 125 ss. (in cui si fa riferimento al criterio nominalistico della qualificazione giuridica); con uno speciale accento sui beni incisi dalla sanzione, ma risolvendo la distinzione tra le due categorie di sanzioni nel procedimento prescelto dal legislatore per la loro irrogazione anche P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2003, 579-622; da ultimo, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 46 ss. In generale sull'impossibilità di assumere una prospettiva diversa da quella tecnico-giuridica v. G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, CEDAM, 1988, 160 ss. che, a sua volta, individua l'elemento qualificante della sanzione amministrativa nella sua inerente a una funzione amministrativa individuata come tale dalla legge (*ivi*, 194 ss.).

legale delle sanzioni amministrative²²⁹. Alla base di entrambi questi fattori è rintracciabile, del resto, una *comune matrice politica liberal-garantista* che tende a escludere la possibilità che si diano pene in senso tecnico non previste dal legislatore.

Questa stretta connessione – tra nozione formale di sanzione amministrativa, ruolo del legislatore e istanze liberal-garantistiche – è peraltro confermata dal fatto che in tempi più recenti e dopo l'avvento della Costituzione, in quei casi in cui la concezione sostanziale di sanzione amministrativa non è stata rifiutata sul piano puramente metodologico²³⁰ ma discussa su quello più propriamente costituzionale, essa è stata in effetti squalificata per contrasto con la riserva di legge prevista dall'art. 23 e, cioè, nei termini di incompatibilità con il principio di legalità dell'azione amministrativa.

Solo più raramente, e comunque mai in maniera del tutto compiuta, la dottrina amministrativistica ha invece discusso in prospettiva costituzionale i presupposti teorico-politici della nozione sostanziale e, in particolare, l'argomento della supremazia dell'amministrazione. L'unica dottrina che, non fermandosi né alla questione del metodo né a quella della legalità, si è mossa in questa prospettiva, ha però segnalato la forte problematicità del concetto di supremazia generale dello Stato sia rispetto al principio personalistico sia a quello di eguaglianza²³¹.

Mi sembra che proprio in questa connessione tra nozione formale e ruolo del legislatore risieda il principale limite della riflessione sul potere sanzionatorio amministrativo complessivamente considerata in una prospettiva costituzionalistica. Difatti, se il collegamento tra sanzione amministrativa e previsione legislativa operato a livello definitorio (sin da Zanobini) postula, ovviamente, il necessario rispetto del principio di legalità, esso non offre invece alcun saldo supporto teorico per la discussione delle questioni legate alla *giustificabilità sostanziale* della differenza tra *tipi* di sanzione e, dunque, per la discussione sull'applicabilità delle garanzie penalistiche previste dagli artt. 25 e 27 Cost.²³². Cercherò di chiarire con più precisione la conseguenza dell'impostazione tecnico-giuridica invalsa negli studi amministrativistici in materia dopo aver brevemente ricostruito anche il corrispondente dibattito in ambito penalistico²³³.

²²⁹ Cfr. per il n. 2 anche C.E. PALIERO e A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Milano, Giuffrè, 1989, 345.

²³⁰ Un rifiuto sul piano metodologico è quello, ad es., di C.E. PALIERO e A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Milano, Giuffrè, 1989, 354-355.

²³¹ V. alcuni accenni in E. CANNADA-BARTOLI, voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, 115.

²³² Per i riferimenti alle diverse posizioni (inapplicabilità totale, applicabilità del solo art. 25, applicabilità totale) e alle ragioni addotte a loro sostegno (essenzialmente argomenti testuali, argomenti sistematici connessi all'identità funzionale di sanzione penale e amministrativa e di politica del diritto relativamente alla necessità di non escludere un potere sanzionatorio regionale) nell'ambito del dibattito amministrativistico v. *supra* cap. I, par. 2, nota n. 26.

²³³ V. *infra* par. 6.2.

6.1. Segue: *la sanzione (amministrativa) disciplinare. Cenni*

Prima di passare all'esame di come la stessa questione è stata affrontata nella prospettiva penalistica, è opportuno rilevare che i limiti dell'approccio formalista che ho cercato da ultimo di enucleare sono confermati ed evidenziati dallo stato della riflessione giuridica su un particolare tipo di sanzione amministrativa: quella disciplinare.

Considerate già da Zanobini – per la diversità della disciplina positiva – espressione di un potere amministrativo distinto da quello in senso stretto sanzionatorio in quanto basato sull'esistenza di un «rapporto speciale» a cui accede un altrettanto «speciale potere di supremazia»²³⁴, questo particolare genere di sanzioni viene tuttora concepito dalla dottrina pubblicistica maggioritaria secondo il paradigma sostanziale sopra ricostruito²³⁵. Questo comporta che, in linea di massima, il *potere disciplinare* è ancora generalmente considerato un potere di *amministrazione attiva*, finalizzato a garantire il corretto funzionamento e il raggiungimento degli scopi propri dell'organizzazione che lo detiene. Anche la questione delle garanzie si pone di conseguenza nei termini in cui si è evoluto il rapporto individuo-potere amministrativo (necessaria previsione legislativa del potere, necessaria garanzia di partecipazione al procedimento, controllo giurisdizionale limitato sul provvedimento, ecc.) e, dunque, assai diversamente da come si porrebbe se la sanzione disciplinare fosse considerata – come quella amministrativa – una “pena in senso tecnico” (applicabilità delle garanzie penalistiche e in che grado).

È evidente che nella prospettiva propria dell'indirizzo tecnico-giuridico anche una simile conformazione è in linea di principio ammissibile e non pone particolari problemi fintanto che il rapporto di supremazia su cui essa si basa (e dunque l'elemento di differenziazione rispetto al potere sanzionatorio, penale e amministrativo, generale) trovi un qualche riconoscimento positivo nella legge.

Al contrario, nei casi già ricordati in cui il tema della sanzione amministrativa è stato affrontato in una prospettiva diversa da quella puramente formale (che, come ho detto, sul piano costituzionale si traduce nella valorizzazione delle riserve di legge e del principio di legalità), anche questa concezione tradizionale della sanzione disciplinare è stata coerentemente sottoposta alle medesime critiche della nozione sostanziale di sanzione amministrativa quanto a compatibilità valoriale della previsione di situazione di “supremazia amministrativa” con la nuova «realità costituzionale» repubblicana²³⁶. Così,

²³⁴ Cfr. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, F.lli Bocca, 1924, 114.

²³⁵ Per una ricostruzione complessiva, da ultimo, v. per tutti S. STACCA, *Il potere disciplinare. Dalla protezione della comunità alla protezione dell'individuo*, Milano, FrancoAngeli, 2018, 33 ss. e 57 ss., che cita le tesi sopra richiamate di S. ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, Torino, Unione tipografica, 1898 e F. BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, 537-556. Sul punto v. anche l'impostazione di R. ALESSI, voce *Responsabilità amministrativa*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1968, 618 e spec. 620 ss. e quella di F. BERLIRI, *Sanzioni amministrative e principi costituzionali della potestà punitiva penale*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna*, Milano, Giuffrè, 1982, 292 ss.

²³⁶ Cfr. E. CANNADA-BARTOLI, voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, 122-123 in cui si legge che «le esigenze odierne, imposte dalla mutata realtà costituzionale

squalificato l'argomento della *supremazia* quale possibile *elemento sostanziale di distinzione* e, dunque, negata ogni possibilità di distinguere *tipi* sanzionatori²³⁷, alcune ricostruzioni, rimaste per il momento minoritarie, hanno potuto variamente argomentare la necessità costituzionale di estendere anche al potere disciplinare le garanzie soggettive proprie del diritto punitivo²³⁸.

Come è emerso dall'analisi filosofica condotta nella sezione I, tuttavia, l'esistenza di uno "speciale potere di supremazia" è un elemento teoricamente idoneo a distinguere un *tipo* sanzionatorio. Il problema – che per come è generalmente impostato il discorso non viene mai specificamente discusso – diviene dunque quello dei *termini di giustificabilità* della previsione di tali rapporti da parte del legislatore. Difatti, se l'argomento fondato sul principio personalistico e di eguaglianza è sufficiente a escludere che nel contesto costituzionale repubblicano possa configurarsi un rapporto di *supremazia generale* dell'amministrazione nei confronti dell'individuo (come, ormai, è comunemente accettato)²³⁹, non mi sembra che esso sia allo stesso modo utilizzabile per escludere che la legge possa – nel perseguimento di una finalità legittima ed entro certi limiti – *eccezionalmente* configurare il rapporto con l'amministrazione in termini di supremazia-soggezione.

Svilupperò i termini di questa posizione, intermedia tra quella tradizionale tecnico-giuridica (che non postula limiti al potere del legislatore di qualificare un rapporto amministrativo come disciplinare) e quella che, all'opposto, esclude categoricamente la possibilità per il legislatore di un modello punitivo alternativo fondato su un principio di supremazia, quando nella Conclusione proverò a delineare i tratti di una possibile *nozione costituzionale di pena*. Mentre entrambe le posizioni sopra riportate conducono a negarlo,

intesa nel senso pieno dell'espressione, possono essere adeguatamente rappresentate esaminando quale significato si debba dare oggi al rilievo che "il rimprovero..., nel diritto amministrativo, può costituire una pena disciplinare; anche in ciò si palesa la differenza che passa fra tali rapporti di diritto pubblico ed altri rapporti che erroneamente si vogliono comprendere nel diritto privato, mentre in realtà non appartengono a nessun diritto". A nostro avviso tale differenza assume valore in quanto l'essere il rimprovero una pena disciplinare venga riportato al principio di legalità. Allargando il discorso, si vuol sostenere che tutta la normativa sulle sanzioni disciplinari pubbliche dev'essere interpretata come espressione di tale principio. Non si può ritenere che, essendo il potere disciplinare un potere amministrativo, si debba riconoscere all'amministrazione medesima "la competenza di regolarlo come essa crede più conveniente ai suoi interessi"».

²³⁷ Questi orientamenti riprendono un'opinione che era già di F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, Milano, Vallardi, 1910, 243 ss. e spec. nota n. 4 per i riferimenti alla dottrina straniera, in particolare tedesca.

²³⁸ In parte già G. MOR, *Le sanzioni disciplinare ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, Giuffrè, 16 ss.; poi E. CANNADA-BARTOLI, voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, 122 ss.; da ultimo S. STACCA, *Il potere disciplinare. Dalla protezione della comunità alla protezione dell'individuo*, Milano, FrancoAngeli, 2018, 153 ss e spec. 161 ss.

²³⁹ Oggi, d'altronde, i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino sono configurati generalmente in termini di parità (v., a livello legislativo, le modifiche alla legge n. 241 del 1990 effettuate con legge n. 120 del 2020 che impone che i rapporti tra p.a. e cittadino siano improntati a «collaborazione e buona fede» e, più in generale, sulle tendenze di lungo periodo, anche giurisprudenziali, già G. CORSO, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica: nuove tendenze del sistema italiano*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2010, 202 ss.

mi sembra in realtà possibile tracciare una distinzione sostanziale tra pena e pena disciplinare che abbia rilievo sul piano costituzionale.

6.2. Segue: *Il diritto penale amministrativo e la costruzione della nozione formale di sanzione penale*

Ritornando al dibattito generale relativo alla possibilità di distinguere sul piano sostanziale sanzioni penali e amministrative, nella prospettiva settoriale propria del diritto penale esso è stato affrontato, come anticipato, soprattutto nell'ambito della discussione sul cosiddetto diritto penale amministrativo, alla quale è pertanto necessario dedicare almeno un accenno.

Questa discussione risale all'inizio del Novecento quando nel suo noto *Das Verwaltungsstrafrecht* James Goldschmidt descrisse i sistemi penali vigenti come complessi normativi in cui erano confluite punizioni di *tipo sostanzialmente differente*: un primo tipo legato alla *violazione di doveri generali*, stabiliti dal *legislatore* e connessi a *interessi fondamentali* della convivenza civile o di altri individui; un secondo legato a comportamenti che ostacolano il perseguimento dell'*obiettivo fondamentale dell'amministrazione di garantire il benessere* dei cittadini²⁴⁰. Nonostante la scelta contraria del legislatore positivo, a questa seconda categoria di illeciti il modello previsione legale/applicazione giudiziale, tipico della prima, non sarebbe stato in realtà teoricamente confacente: secondo le categorie della pubblicistica europea di inizio Novecento, stabilire che cosa si debba intendere per "benessere" sarebbe stato difatti un compito *riservato* all'amministrazione, così come – e di conseguenza – il giudizio sui comportamenti che ne impediscono in concreto il raggiungimento²⁴¹. Nonostante Goldschmidt subordinasse la potestà sanzionatoria al rispetto della legge²⁴², in linea con i presupposti del concetto di Stato di diritto nel frattempo affermatosi²⁴³, il suo modello teorico si incentra su una nozione *sostanziale* di sanzione amministrativa che richiama – come del resto accadeva anche nel dibattito amministrativistico – il paradigma kantiano di sanzione amministrativa come espressione di un potere *originariamente riservato* all'esecutivo²⁴⁴.

In Italia, tuttavia, questa impostazione sostanzialista fu nettamente rifiutata in favore di quella formalista propugnata da Arturo Rocco, in base alla quale, invece, si sarebbe dovuto considerare *materialmente penale* ogni caso in cui una legge avesse previsto reati e pene *indipendentemente* dal tipo di interesse sostanziale tutelato²⁴⁵. Questa

²⁴⁰ Cfr. J. GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlino, Heymann, 1902, 531 ss.

²⁴¹ Cfr. J. GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlino, Heymann, 1902, 548.

²⁴² V. J. GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlino, Heymann, 1902, 577.

²⁴³ Sulla concezione del potere amministrativo come meramente limitato dalla legge (e non da quest'ultima predeterminato) invalsa in Germania all'epoca di Goldschmidt cfr. O MEYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, Leipzig, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895, 62 ss.

²⁴⁴ V. *supra* par. 2.5.1.

²⁴⁵ V. A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale: contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Milano, F.lli Bocca, 1913, 366. Nonostante quest'impostazione sia quella assolutamente prevalente, della distinzione sostanziale di matrice tedesca si trova qualche sporadica traccia nel dibattito

impostazione nominalistica risolve alla radice la questione *interna* al diritto penale della natura sostanzialmente amministrativa dei reati contravvenzionali sollevata dai sostenitori della teoria del diritto penale amministrativo. Lascia invece aperta l'ulteriore questione della possibilità di distinguere, sul fronte *esterno*, sanzioni penali e sanzioni *formalmente* amministrative. Nella prospettiva formalistica di Rocco, difatti, questa seconda questione non può che risolversi nella definizione da attribuire al concetto di reato e pena.

Mantenendosi in linea con le premesse dell'indirizzo tecnico-giuridico e del tutto specularmente alla teoria sviluppata da Zanobini nell'ambito della riflessione giusamministrativistica, a tale quesito la scienza penalistica italiana rispose rifiutando qualsiasi concezione di natura sostanziale, ammettendo di «[doversi] accontentar[e] di un criterio nominalistico, e concludere che sono “pene” quelle che il legislatore chiama con questo nome (art. 17 c.p.)»²⁴⁶.

In questi due passaggi (rifiuto della distinzione sostanziale tra delitti e contravvenzioni e accettazione della distinzione formale tra sanzione penale e sanzione amministrativa) emerge essenzialmente la *concezione legalistica di pena* e diritto penale, a cui si ancorerà la successiva nozione legale di reato²⁴⁷, accolta ancora pressoché unanimemente dalla manualistica penale contemporanea²⁴⁸.

successivo sulla possibilità di distinguere l'illecito penale dall'illecito depenalizzato (ad es. per F. SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *L'Indice penale*, 1984, 253 ss. la sanzione amministrativa avrebbe funzione eminentemente «organizzatoria, con funzione non di disciplina individuale e sociale bensì di garanzia dell'osservanza di precetti specifici riguardanti specifiche attività»).

²⁴⁶ G. DELITALA, voce *Diritto penale*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, 1095, aggiungendo però «purtroppo» (1096).

²⁴⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari, Editori Laterza, 2000 370 ss. e M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, IV edizione, Torino, UTET, 1999, 226 ss. e 248 ss.

²⁴⁸ Pur problematizzando la nozione legale di reato, adottano un'impostazione della materia che appare fondamentalmente incentrata su di essa A. CADOPPI e P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Vicenza, Wolters Kluwer, 2018, 177; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2017, cap. 9; G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2014, 3 ss. (con esplicito riferimento all'indirizzo tecnico-giuridico XXV-XXVI); A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Milano, Wolters Kluwer, 2020, 155; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, Wolters Kluwer, 2020, 1050 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI e G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2021, 215. Danno un'impostazione diversa alla delimitazione della materia, basata invece sul concetto sostanziale di pena, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, G. Giappichelli, 2021, 11 ss. (con espresso riferimento anche ai criteri *Engel*) e D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, G. Giappichelli, 2021, 3 ss. (che si riferisce all'idea di ascendenza tedesca del diritto penale come *modo di disciplina* connesso a una particolare tecnica di costruzione della fattispecie, su cui *funditus* G. LICCI, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, G. Giappichelli, 2014, 61 e, per i riferimenti alla dottrina tedesca, spec. nota n. 52).

6.3. Segue: *Relazione tra indirizzo tecnico-giuridico e interpretazione classica della Costituzione penale. Ricostruzione dell'orientamento tradizionale che esclude l'applicabilità degli artt. 25 e 27 Cost. alle sanzioni formalmente amministrative come lettura originalista della Costituzione*

Su questa impostazione generale, basata su nozioni formali di sanzioni penali e sanzioni amministrative derivate mediante l'analisi del diritto positivo, si basa anche l'orientamento tradizionale della giurisprudenza costituzionale che limitava l'ambito di applicazione dell'artt. 25 e 27 Cost²⁴⁹. In una sentenza della Corte costituzionale risalente al 1956 si legge difatti che:

«la distinzione fra norme penali e norme contenenti sanzioni amministrative va riportata non tanto al carattere della materia a cui la norma si riferisce nel comminare una determinata sanzione, ma va piuttosto riferita al carattere intrinseco della sanzione stessa, all'organo che è chiamato ad applicarla, al procedimento da seguirsi nell'applicazione, alle conseguenze giuridiche di essa»²⁵⁰.

Venuta meno ogni distinzione *sostanziale-istituzionale* tra *tipi* di sanzioni in quanto espressione di *poteri distinti e dotati di attribuzioni costituzionalmente tutelate*, quest'orientamento sorto nel solco della riflessione tecnico-giuridica e riaffermato dalla Corte fino a non molto tempo fa mi sembra possa essere spiegato, sul piano più propriamente costituzionale, in due modi: *a)* o esso sottintende un'interpretazione cosiddetta originalista²⁵¹ della Costituzione fondata sull'argomento, storicamente sostenibile, secondo cui i Costituenti avevano in mente le categorie dogmatiche fin qui ricostruite nel momento dell'Assemblea costituente e, di conseguenza, intendevano limitare l'applicazione delle garanzie costituzionali a un certo modello di repressione (contraddistinto da certi tratti comuni, riguardanti "l'organo chiamato ad applicare la sanzione, il procedimento, le conseguenze giuridiche, ecc.", riscontrabili nella disciplina positiva degli anni '40)²⁵²; *b)* o esso si basa sull'idea che le nozioni costituzionali di

²⁴⁹ V. *supra* Introduzione, par. 2.

²⁵⁰ Corte cost., sent. n. 6 del 1956.

²⁵¹ Nella più recente letteratura costituzionalistica la discussione meta-interpretativa non è particolarmente coltivata. Di recente, un dibattito plurale sul tema è stato stimolato da C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Lettera AIC*, luglio 2022, a cui hanno fatto seguito con varietà di posizioni L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, in *Lettera AIC*, *ibidem*; N. ZANON, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, *ibidem*; Q. CAMERLENGO, *Originalismo e "living Constitutionalism"*, tra domanda di Costituzione e principi supremi, *ibidem*; O. CHESSA, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, *ibidem*; M. D'AMICO, *Una discussione "maschile" che lascia sullo sfondo le donne e i loro diritti*, *ibidem*; G. RAZZANO, *Un'analisi costituzionale può essere fuori dai confini di ogni ragionevole interpretazione delle varie disposizioni costituzionali?*, *ibidem*; F. PEDRINI, *Una lezione teorica dell'originalismo: l'interpretazione "di quale" Costituzione?*, *ibidem*; C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell'originalismo*, *ibidem* e C. BOLOGNA, *Il caso Dobbs e la «terza via»*, *ibidem*. Al di là delle singole opzioni, mi sembra confermare la ricostruzione in termini originalisti dell'orientamento tradizionale qui proposta la posizione tendenzialmente *pro* originalismo di N. Zanon che, nell'ambito dello specifico dibattito nozione costituzionale di materia penale, aveva assunto una posizione a favore di una nozione non autonoma ma connessa alla valutazione legislativa (*cfr. supra* Introduzione, par. 3.1.1).

²⁵² Non risultano comunque nei lavori dell'Assemblea Costituente occorrenze delle parole "sanzioni amministrative" e similari (così in base a una ricerca effettuata sul database pubblico

“punizione”, “pena” e “responsabilità penale” siano da interpretare alla luce delle corrispondenti nozioni legislative e, quindi, che il loro significato vari al variare della normativa primaria.

Come si vede, entrambe queste impostazioni, si basano su una *valorizzazione del dato legislativo*. Tuttavia, se la prima di queste giustificazioni (a) appare costituzionalmente sostenibile e la sua preferibilità rispetto ad altri modi di interpretare la Costituzione può essere discussa sul piano della teoria costituzionale normativa²⁵³, la seconda (b) si fonda invece su un capovolgimento logico del rapporto fondamentale che intercorre tra Costituzione e legislazione primaria e, dunque, non sembra compatibile con alcuna teoria costituzionale che accetti il concetto (fondante) di supremazia della Costituzione.

All’esclusione della seconda linea di giustificazione, consegue dunque che anche nella prospettiva tradizionale – in genere presentata come quella per cui “l’applicazione degli artt. 25 e 27 Cost. dipende dalla qualificazione legislativa della sanzione” – non sembra in realtà possibile configurare un potere del legislatore di scegliere tra qualificazione penale o amministrativa in modo assolutamente libero (vale a dire di disporre in modo assolutamente libero delle relative garanzie). Anche nella logica originalista che sostiene l’orientamento tradizionale, difatti, non sembra giustificabile la non applicazione delle garanzie penalistiche a sanzioni che, pur formalmente qualificate come amministrative, presentino in realtà una disciplina corrispondente al modello storico di repressione penale²⁵⁴. In altre parole, se si muove dall’idea che l’interpretazione costituzionale della nozione di “materia penale” vada costruita a partire dai caratteri storici del sistema penale positivo al tempo dei Costituenti, la scelta di qualificare una sanzione come penale o amministrativa (attivando o escludendo, come conseguenza, l’applicazione delle corrispondenti garanzie costituzionali) rientra effettivamente nella discrezionalità legislativa, con il solo limite ipotizzabile – di ragionevolezza intesa come

<https://www.nascitacostituzione.it/> a luglio 2022) né, nel più limitato ambito dei lavori preparatori degli artt. 25 e 27 Cost., viene mai specificamente presa in considerazione la distinzione tra sanzioni penali e sanzioni amministrative.

²⁵³ È il piano, per chiarezza, su cui si svolge la discussione sulla possibilità di rimettere a una decisione del legislatore ordinario la determinazione dell’ambito di applicazione delle garanzie penalistiche che ho ricostruito nell’Introduzione, par. 3.1 ss.

²⁵⁴ In questo senso mi sembra già E. CASSETTA, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI convegno di studi di scienza dell’amministrazione di Varenna*, Milano, Giuffrè, 1982, 53 parla di scelta «pressoché insindacabile» del legislatore, ammettendo, tuttavia, un vaglio di ragionevolezza. Anche nella citata Corte cost., sent. n. 6 del 1956 citata nel testo – relativa alla possibilità di prevedere con legge provinciale una sanzione punitiva – rigetta l’argomento della Provincia per cui si tratterebbe di sanzione amministrativa e non penale affermando che «nella specie non solo è comminata come sanzione l’ammenda, che è compresa fra le pene previste nel Codice penale, ma viene nettamente distinta la fase della contestazione e della eventuale definizione in via amministrativa dalla fase giudiziaria in cui la sanzione viene applicata e che è devoluta al giudice ordinario, con la conseguente convertibilità della pena pecuniaria in pena detentiva in caso di insolvibilità del condannato. Nessun dubbio pertanto che si tratta di una sanzione di carattere penale».

coerenza *intra legem*²⁵⁵ – di non attribuire una qualificazione manifestamente incoerente con la disciplina sostanziale e processuale prevista.

7. Oltre il nominalismo legalistico: lo sviluppo di una nozione unitaria funzionale di sanzione punitivo-afflittiva

Nell'ambito della riflessione giuspenalistica italiana è possibile distinguere sia dall'impostazione legalistica maggioritaria, che ho descritto finora, sia dall'impostazione costituzionalistica che descriverò nei prossimi paragrafi, un *terzo approccio* di carattere marcatamente *funzionalista* per cui l'«illecito penale [sarebbe da intendere] come il fatto cui l'ordinamento giuridico ricollega una pena *in senso materiale*, cioè strutturalmente e funzionalmente qualificata dal carattere punitivo»²⁵⁶.

Questo approccio, rimasto minoritario, è stato sviluppato e sostenuto soprattutto da Giorgio Licci a partire dalle nozioni teoriche di sanzione e pena che si devono, rispettivamente, a Norberto Bobbio²⁵⁷ e Pietro Nuvolone²⁵⁸. L'approccio funzionalista rifiuta la nozione formale di reato in favore di una sua formulazione «maggiormente caratterizzata in senso sostanziale»²⁵⁹, i cui confini sarebbero da ricercare attraverso «una indagine sulla funzione della norma»²⁶⁰. In particolare, a caratterizzare il diritto materialmente penale sarebbe la *nozione tecnica di afflittività* in base alla quale si dovrebbe ricondurre «al diritto penale in senso sostanziale ogni [norma] che si traduca nella *prospettazione generale e astratta di una risposta sanzionatoria*, il cui contenuto assolve, in linea di principio, ad una *funzione* (non già ripristinatoria di una situazione uguale od equivalente a quella corrispondente all'esito della ottemperanza alle indicazioni implicite nella [norma] stess[a], bensì) *dissuasiva*, in ragione dell'afflittività derivante dal carattere *limitativo od ablativo di diritti* (per lo più in ambiti eterogenei rispetto agli interessi tutelati) oppure interdittivo delle attività, in occasione delle quali è stata attuata la condotta conforme al modello legale»²⁶¹.

²⁵⁵ Sulla nozione *cf.* A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, 149 che riconduce a un vizio di irrazionalità *intra legem* il caso dell'«atto legislativo *in toto* o limitatamente ad una sua prescrizione [che] attribuisce una qualificazione giuridica a un certo rapporto, nel presupposto che esso corrisponda nella sua sostanza a quella ma, nello stesso stampo, assoggetta il rapporto così definito a una disciplina logicamente non consequenziale».

²⁵⁶ G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982, 1033 (corsivo aggiunto), poi nello stesso senso G. LICCI, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, G. Giappichelli, 2014, 93 ss.

²⁵⁷ V. N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1969, 530-540.

²⁵⁸ V. P. NUVOLONE, voce *Pena (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 787-855.

²⁵⁹ G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982, 1033.

²⁶⁰ G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982, 1036.

²⁶¹ G. LICCI, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, G. Giappichelli, 2014, 93 (corsivi aggiunti). In G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982 la nozione tecnica di afflittività, necessario per distinguere la sanzione punitiva da quella ripristinatoria, si incentrava invece sul carattere eterogeneo della risposta

La nozione di pena e, quindi, di reato sviluppata nell'ambito dell'*approccio funzionalista* – in quanto nozione dichiaratamente *sostanziale* – esce dal solco della tradizione positivista novecentesca, di cui è invece espressione l'indirizzo legalistico maggioritario²⁶². L'abbandono della tradizionale prospettiva giuspositivista apre tuttavia il problema del fondamento giuridico della nozione funzionalista, che finisce – in assenza di un referente giuridico-formale – per risolversi in una petizione di principio: si parte da certa idea teorica di sanzione, che si riafferma, nella pratica giuridica, grazie alla scelta di una determinata opzione metodologica. E, infatti, tra le premesse del lavoro di Licci si legge proprio che «la chiave dell'indagine [...] ci sembra quella funzionalistica dal momento che il più corretto metodo onde individuare la natura di una norma giuridica in generale e di una sanzione in particolare ci sembra essere la determinazione della finalità cui nell'ordinamento la norma e la relativa sanzione sono preordinate»²⁶³.

Questo limite dell'approccio funzionalista mi sembra particolarmente evidente, ad esempio, se si guarda al modo in cui in tale prospettiva viene rigettata la possibilità di differenziare – sul piano teorico – sanzione penale e sanzione amministrativa in base al criterio posto a fondamento della nozione sostanziale di sanzione amministrativa (ossia l'idea che mentre la sanzione penale consegue all'applicazione giurisdizionale di un precetto legale, la sanzione amministrativa rappresenti uno strumento potestativo di perseguimento dell'interesse pubblico)²⁶⁴. La validità di questo criterio sostanziale di differenziazione è difatti esclusa attraverso un ragionamento strutturato, essenzialmente, in questi due passaggi: *i*) anzitutto facendo riferimento ai «brevissimi cenni di teoria generale del diritto già delineati» in base ai quali «qualsiasi accezione si accolga in ordine alla sanzione (conseguenza giuridica; meccanismo che rafforza la norma o che ne realizza la funzione prescrittiva), questa appare sempre strumentale rispetto all'interesse sotteso alla *norma*»²⁶⁵ e, quindi, *ii*) affermando che «l'argomento del Benvenuti [relativo alla possibilità di qualificare la sanzione amministrativa in relazione al suo essere mezzo di soddisfazione dell'interesse pubblico] prova troppo [dato che] anche nella norma penale si riscontra il fenomeno che [egli] ritiene proprio delle sanzioni amministrative intese come forma di autotutela: il perseguimento – indiretto – dell'attuazione del precetto o, se si preferisce, della soddisfazione dell'interesse di chi pone la norma»²⁶⁶. Ma così facendo, si dà per presupposto quello che si intende dimostrare, e cioè che non si possano dare casi

sanzionatoria rispetto alla violazione commessa. La precisazione deriva dalla necessità di evitare che sanzioni punitive di carattere interdittive potessero essere considerate non afflittive in quanto generalmente omogenee rispetto alla violazione (cfr. G. LICCI, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, G. Giappichelli, 2014, 90)

²⁶² Cfr. G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982, 1009.

²⁶³ Cfr. G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982, 1016.

²⁶⁴ Così G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982, 1020 ss. ricostruendo la teoria di BENVENUTI.

²⁶⁵ G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982, 1022 (corsivo aggiunto).

²⁶⁶ G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982, 1023.

in cui la sanzione non consegue all'applicazione di una norma, ma alla sua attuazione attraverso decisioni discrezionali di un'autorità amministrativa deputata a perseguire, in generale, un certo interesse pubblico. Il ragionamento, cioè, è pienamente convincente se si ha in mente le fattispecie positive di sanzioni amministrative conseguenti alla depenalizzazione (in cui l'amministrazione applica sanzioni predeterminate da norme legislative), ma sul piano teorico più generale è in grado di squalificare la distinzione sostanziale tra sanzione penale e sanzione amministrativa solo perché accoglie una concezione normativa di sanzione incompatibile con le premesse istituzionalistiche (nel caso di Benvenuti, ma, comunque e più in generale, risalenti alla *teoria dei poteri*) dei sostenitori della nozione sostanziale di sanzione amministrativa.

D'altra parte, l'opzione di fondo per un certo tipo di idea di sanzione e, conseguentemente, di metodo per affrontare la questione della distinzione tra sanzione penale e amministrativa vengono giustificate ricorrendo all'argomento costituzionalistico della necessità di garantire l'effettività delle garanzie costituzionali rispetto ai fenomeni di depenalizzazione, che rischiano di alterare gravemente l'equilibrio del rapporto intercorrente fra individuo e potere pubblico²⁶⁷ e, al tempo stesso, di violare il principio di eguaglianza a causa del differente regime applicabile a sanzioni in realtà sostanzialmente non distinguibili²⁶⁸. Sotto questo aspetto il paradigma teorico sviluppato da Licci risulta particolarmente importante poiché rappresenta lo sviluppo più coerente e sistematico della logica sottesa a tutte le posizioni dottrinali che hanno sostenuto l'estensione delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative²⁶⁹.

L'ispirazione soggettivistica e fortemente garantista dell'approccio in questione è poi ulteriormente confermata dal fatto che la definizione di materia penale teorizzata nel suo ambito è così ampia da ricomprendere, oltre alle sanzioni formalmente amministrative, anche le misure di prevenzione in quanto 1) previste in via generale ed astratta dalla legge; 2) aventi funzione dissuasiva rispetto a certi comportamenti e 3) natura afflittiva in senso tecnico²⁷⁰.

²⁶⁷ Cfr. G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982, 1005.

²⁶⁸ Cfr. G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982, 1040.

²⁶⁹ Condividono, infatti, un'impostazione funzionalista (ossia basata sul riconoscimento dell'assimilabilità sostanziale in ragione della funzione) le argomentazioni a sostegno dell'applicazione dell'art. 25 Cost. alle sanzioni amministrative di E. CANNADA-BARTOLI, voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, 126 ss.; M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia* (1983), Bologna, Il Mulino, 1995, 81 ss. (sull'art. 27 86 ss.) e M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, Jovene, 1983, 72 ss.

²⁷⁰ Cfr. G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982, 1033 e ss. *Contra*, in dottrina, per tutti già P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, 632 ss. e, nella giurisprudenza costituzionale da ultimo, Corte cost., sent. n. 24 del 2019 (spec. cons. dir. 9.7.1). Tornerò sul tema più specificamente *infra* ma è già opportuno segnalare qui che l'equiparazione funzionale delle misure punitive alle misure di prevenzione – che nell'ottica dell'approccio funzionalista implica l'estensione alle seconde delle garanzie penalistiche – corre il rischio di indebolire il sindacato di proporzionalità sulle seconde ampliando l'estensione dello scopo legittimo da queste perseguito e, di conseguenza, di legittimare misure preventive sostanzialmente assimilabili a sanzioni punitive.

Anche se non tutte, molte delle conseguenze prospettate come necessarie dall'*approccio funzionalistico* stanno effettivamente venendo progressivamente realizzate dal nuovo corso della giurisprudenza costituzionale ricostruito nell'Introduzione²⁷¹. Esso rappresenta dunque un paradigma teorico potenzialmente idoneo a spiegare la trasformazione della Costituzione penale in corso. Vi sono tuttavia alcune ragioni significative per il suo rifiuto. Primo, la giurisprudenza costituzionale ha mantenuto ferma la distinzione tra misure punitive e misure di prevenzione²⁷² che l'*approccio funzionalista* di Licci avrebbe, invece, imposto di superare. Secondo, e soprattutto, per i motivi che ho indicato la prospettiva fin qui ricostruita non può considerarsi una prospettiva giuspositiva, diversamente dall'*approccio costituzionalistico*, che ha sempre inteso essere un approccio totalmente giuspositivistico, anche se non più meramente legalistico²⁷³.

Per queste ragioni e siccome tutte le evoluzioni intervenute possono essere spiegate, come cercherò di fare, anche nel contesto di un *approccio costituzionalistico parzialmente rivisitato* al problema penale, credo che, in linea di principio, quest'ultimo approccio vada *metodologicamente preferito* a un approccio, come quello funzionalista, basato su premesse assiologiche (fondamentalmente garantistiche) costituzionalmente compatibili o, secondo alcune letture, anche costituzionalmente orientate, ma non già costituzionalmente fondate (in quanto non giuspositive).

8. Il costituzionalismo penale: la teoria costituzionale del reato. Il metodo

Il principale carattere distintivo del costituzionalismo penale come indirizzo giuspenalistico alternativo a quello a tecnico-giuridico è quello di aver proposto una nozione *sostanziale* di reato *costituzionalmente fondata*. In base alla celebre teoria di Franco Bricola per reato si deve intendere infatti:

«un fatto previsto in forma tassativa dalla legge, di realizzazione esclusiva dell'agente o in ogni caso al medesimo riconducibile tramite un atteggiamento colpevole (doloso o colposo), idoneo ad offendere un valore costituzionalmente significativo, minacciato con una pena proporzionata anche alla significatività del valore tutelato e strutturalmente caratterizzato dal teleologismo costituzionalmente attribuito alla sanzione penale e, infine, intollerante rispetto ad ogni articolazione probatoria che faccia in qualche modo ricadere sull'imputato l'onere della prova (o il rischio della mancata allegazione) di elementi d'ordine positivo che ne caratterizzano la struttura»²⁷⁴

Ai fini della presente ricerca sono rilevanti soprattutto quattro aspetti della teoria costituzionale del reato sviluppata da Bricola, che ricostruirò quindi sinteticamente: 1) l'impostazione metodologica; 2) la soluzione data alla questione della distinzione tra

²⁷¹ G. LICCI, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, G. Giappichelli, 2014, 94 e in part. nota n. 142, che fa riferimento, tra altri, all'applicazione della riserva di legge ex art. 25 Cost. e all'applicazione retroattiva della nuova legge più favorevole (su cui v. *supra* Introduzione, par. 2.4).

²⁷² V. da ultimo Corte cost., sent. n. 148 del 2022 e, prima, più in generale sent. n. 24 del 2019 (spec. cons. dir. 10.4 ss.).

²⁷³ V. al riguardo *funditus* M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penali cent'anni dopo la Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, 135.

²⁷⁴ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 92.

sanzione penale e altre sanzioni punitivo-afflittive; 3) le conseguenze in termini di limiti del potere del legislatore penale e 4) di ruolo del giudice comune.

Quanto alla *questione del metodo*, l'impostazione di Bricola si fonda sul rigetto sia di una teoria del reato aprioristica e ultralegale (basata su presupposti giusnaturalistici, razionalistici, ecc. in tutto o in parte slegati dal diritto positivo)²⁷⁵ sia di una mera sintesi dogmatica delle leggi penali ordinarie in vigore nell'ordinamento italiano (ossia della prospettiva legalistica propria dell'indirizzo tecnico-giuridico)²⁷⁶. Siccome la prima impostazione conduce a ricostruire l'ordinamento sulla base di opzioni soggettive dell'interprete e la seconda a interpretare le norme costituzionali alla luce delle norme ordinarie, né l'una né l'altra prospettiva sono difatti in grado di supportare il «processo di realizzazione degli adempimenti costituzionali», obiettivo al quale una teoria *giuridica* del reato dovrebbe invece tendere in un contesto ordinamentale caratterizzato da una costituzione rigida²⁷⁷. Ne consegue che, per Bricola, la teoria del reato non può che muovere dalle norme che la Costituzione detta in materia penale e avere a oggetto la sintesi dei connotati essenziali (nel senso di caratteri *costituzionalmente vincolati*) dell'illecito penale nel sistema positivo italiano. In buona sostanza, così concepita, la teoria generale del reato rappresenta una questione di diritto costituzionale positivo²⁷⁸.

8.1. Segue: *Distinzione tra sanzione penale ed extrapenale e sua critica*

La prima questione da affrontare nella prospettiva costituzionalistica appena descritta è se dalle norme costituzionali in materia penale sia possibile derivare una definizione *sostanziale* di reato da sostituire a quella *formale* dell'indirizzo tecnico-giuridico. A questa domanda Bricola risponde affermativamente indicando come connotato essenziale del reato da un punto di vista sostanziale la *necessaria significatività costituzionale del bene protetto*, necessità derivante dall'incidenza della sanzione penale sulla libertà personale²⁷⁹. Coerentemente, la depenalizzazione (intesa e definita come previsione di una sanzione pecuniaria o comunque non restrittiva della libertà personale) è configurata come vero e proprio «adempimento costituzionale» per tutti gli illeciti lesivi di valori non costituzionalmente significativi²⁸⁰.

Nonostante questo criterio distintivo sia stato assunto da vari attori istituzionali²⁸¹ e sia stato molto seguito in dottrina, bisogna sottolineare come esso sembri presentare in

²⁷⁵ Per le ragioni indicate *supra* nel par. 7 mi sembra che anche la teoria di Licci possa rientrare in questa categoria, seppur Bricola non si riferisse a questa nella discussione metodologica.

²⁷⁶ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 9-12.

²⁷⁷ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 8.

²⁷⁸ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 12 in cui si legge infatti che «la teoria generale del reato, in conclusione, deve avere per noi come oggetto esclusivo il diritto positivo»; sul punto v. anche F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 24 e 38.

²⁷⁹ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 14-17.

²⁸⁰ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 20.

²⁸¹ Penso in particolare alla molto citata Circolare del Presidente del Consiglio dei Ministri 19 dicembre 1983, pubblicata in G.U. n. 22 del 23 gennaio 1984, recante criteri orientativi per la scelta tra sanzioni

realtà due problemi logici rispetto alla specifica finalità di tracciare una *distinzione costituzionalmente fondata* tra illecito penale e amministrativo. In primo luogo, Bricola non escludeva che il legislatore potesse decidere di tutelare beni di rilievo costituzionale con sanzioni extrapenali. Ne consegue che il tipo di bene protetto non risulta di per sé utile a qualificare l'illecito penale rispetto all'illecito amministrativo e che il criterio della necessaria significatività costituzionale è idoneo a indicare soltanto che cosa *non può essere* illecito penale (è, cioè, una *definizione solo negativa*). In secondo luogo, e soprattutto, la necessità della rilevanza costituzionale del bene tutelato è fatta discendere nella teoria del reato bricoliana dall'incisione, reale o potenziale, della sanzione penale sulla libertà personale, la quale, tuttavia, è una caratteristica che connota la sanzione penale soltanto a livello di legislazione ordinaria vigente. A che risultati condurrebbe l'applicazione di questa definizione in assenza di un meccanismo di conversione delle pene pecuniarie in pene limitative della libertà personale²⁸² o in un caso ipotetico di previsione di un reato punito, ad esempio, con una pena solo interdittiva? Mi sembra, in altre parole, che in questo passaggio la teoria di Bricola subordini la definizione di illecito penale a una scelta legislativa non costituzionalmente fondata e, dunque, non rispetti pienamente le proprie indicazioni di metodo²⁸³.

Nel complesso, dunque, il criterio della necessaria significatività costituzionale del bene protetto – nella teoria bricoliana – qualifica solamente l'illecito (penale) punito con sanzione incidente, in via diretta o potenziale, sulla libertà personale. Ciò è coerente, peraltro, con il ruolo dell'*argumentum libertatis* nello sviluppo dell'intera teoria generale del reato. Tale criterio non è però idoneo a fondare una distinzione costituzionale tra

penali e amministrative (che, insieme a quello di sussidiarietà, dettava un criterio basato essenzialmente sulla proporzionalità rispetto al rango del bene giuridico tutelato, su cui v., per tutti, E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2, 1984, 589 ss.; G. LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della presidenza del Consiglio*, in *Il Foro italiano*, 9, 1985, V, 251 ss.; T. PADOVANI, *Tutela dei beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cassazione penale*, 3, 1987, 670 ss. e F.C. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (Dalle leggi di depenalizzazione alla circolare della Presidenza del Consiglio)*, in *L'Indice penale*, 1986, 35 ss.), nonché alla proposta di riforma costituzionale elaborata dalla Commissione parlamentare bicamerale per le riforme costituzionali durante la XIII legislatura in cui si prevedeva che «le norme penali tutelano beni di rilevanza costituzionale».

²⁸² Come noto, lo scritto di Bricola è precedente alla sent. n. 131 del 1979 che ha dichiarato incostituzionale il vecchio art. 136 cod. pen. Restano in ogni caso previste, anche nella normativa vigente, forme di conversione della pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità in pene limitative della libertà personale (v. art. 102, legge n. 689 del 1981).

²⁸³ La mia critica riguarda un piano diverso da quello meramente fattuale sul quale da F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, G. Giappichelli, 2017, 343 è già stato rilevato che «l'identificazione della pena nella restrizione della libertà costituisce un dato "storicamente condizionato" che, peraltro, nella fase attuale registra un'evidente tendenza recessiva» (su questa tendenza v. *funditus* già V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, G. Giappichelli, 2005, 130 ss.). Questi rilievi, mi sembra, confermano il problema nella costruzione della definizione costituzionale di reato che cerco di sottolineare nel testo, ma il mio argomento resterebbe valido anche se la pena continuasse nei fatti a essere rappresentata da restrizioni della libertà personale o, in seguito a un cambiamento di politica legislativa penale, tornasse ad esserlo.

sanzione penale e sanzione amministrativa totalmente indipendente dalla legislazione ordinaria.

8.2. Segue: *I limiti al potere del legislatore penale*

Dalla teoria di Bricola deriva un duplice ordine di limiti per il legislatore penale: il primo riguardante la *scelta di punire* del legislatore; il secondo la *configurazione della norma penale*.

Rispetto alla *scelta di punire*, dalla definizione sostanziale di reato discende un divieto per il legislatore di punire fatti che non siano lesivi di valori che non trovano un riconoscimento, esplicito o implicito, in Costituzione²⁸⁴. Questo limite fondamentale dipende in particolare da un lato dal fatto che tutte le sanzioni penali (in base alla definizione assunta da Bricola) costituiscono limitazione della libertà personale e, dall'altro, che la funzione rieducativa della pena presuppone una delimitazione del suo possibile utilizzo a una sfera di valori selezionata per non annullare completamente il riconoscimento della libertà morale della persona²⁸⁵. Su un piano più generale, è interessante notare come lo stesso Bricola concepisca questo limite come una diretta conseguenza dell'idea che in un sistema a costituzione rigida anche la politica penale debba indirizzarsi verso la realizzazione dei fini generali stabiliti nella Costituzione dello Stato e, dunque, che il potere del legislatore penale in ordine alla scelta di punire non possa essere privo di limiti sostanziali²⁸⁶.

Alla configurazione della sanzione penale come limite alla libertà personale consegue anche l'applicazione del principio di proporzionalità rispetto al valore tutelato mediante la singola previsione penale nel senso che solo al crescere dell'importanza del bene costituzionalmente offeso potrà corrispondere una maggiore compressione del diritto fondamentale su cui la punizione incide²⁸⁷. Da ciò deriva inoltre che, sul piano concreto, la pena irrogata deve essere proporzionata al disvalore del singolo fatto compiuto e, laddove questo fosse nei fatti inoffensivo, che non può essere irrogata alcuna pena²⁸⁸.

Al tempo stesso la necessaria finalità rieducativa della punizione comporta che la pena sia astrattamente proporzionata a tale fine e graduabile in concreto in base alla personalità del singolo soggetto punito²⁸⁹. Quest'ultimo aspetto della proporzionalità sanzionatoria sottolinea come una teoria costituzionale dell'illecito penale comprenda almeno una parte di teoria della pena, giacché in una prospettiva sostanziale i momenti della decisione di criminalizzare un certo fatto e della scelta della sanzione adeguata (e in astratto e in concreto) sono espressione di una funzione pubblica unitaria e devono essere,

²⁸⁴ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 17 ss.

²⁸⁵ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 15 e 17, con riferimento a C. Roxin e anche 82 ss.

²⁸⁶ Così espressamente F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 11.

²⁸⁷ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 18.

²⁸⁸ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 81.

²⁸⁹ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 60.

dunque, comprensivamente considerati²⁹⁰. Nonostante la Corte abbia già più volte affermato il contrario²⁹¹, è ancora consueto trovare letteratura in cui il principio rieducativo è riferito alla sola fase esecutiva della pena.

Dagli artt. 25 e 27 Cost. sono poi derivati, quanto alla *configurazione della norma penale*, i principi oggi comunemente accettati come “volto costituzionale dell’illecito penale”: la riserva di legge assoluta, intesa da Bricola soprattutto quale garanzia di partecipazione democratica alla scelta di incriminazione²⁹²; la tassatività e irretroattività della norma penale intese quali garanzie contro gli arbitrii punitivi²⁹³; la personalità della responsabilità penale – strettamente connessa, sul piano logico-politico, alla funzione rieducativa della pena – che implica non solo il divieto di rispondere per un fatto altrui ma anche, e più significativamente, la necessità di un coefficiente intellettuale di dolo o colpa quale presupposto della punizione (da cui deriva, a sua volta, la necessità che la legge penale sia in concreto conoscibile)²⁹⁴. La presunzione di innocenza, infine, comporta l’obbligo per il legislatore penale di costruire le ipotesi di reato in modo da non fare ricadere nella sostanza sull’imputato l’onere di provare l’insussistenza di elementi del fatto tipico²⁹⁵.

8.3. Segue: *Il rilievo dell’art. 3.2 Cost. e della questione sociale per il problema penale*

Un aspetto della teoria di Bricola che la letteratura penalistica successiva non ha particolarmente valorizzato né discusso²⁹⁶, ma che ha invece un grande rilievo nella prospettiva di una storia costituzionale dell’idea di punizione, è quello riguardante il rilievo da attribuire all’art. 3.2 Cost. nell’ambito di una teoria costituzionale del reato²⁹⁷.

²⁹⁰ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 25 e anche 82.

²⁹¹ Così da Corte cost., sent. n. 313 del 1990 (in cui si legge: «la necessità costituzionale che la pena debba tendere a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l’accompagnano da quando nasce, nell’astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue») fino, da ultimo, alla sent. n. 179 del 2017.

²⁹² Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 38-39 e 43.

²⁹³ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 47 ss.; sul punto cfr. anche F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Vol. I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965, 290 ss.

²⁹⁴ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 51 ss.

²⁹⁵ V. sul tema F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 89 ss., anche con riferimento all’art. 6 CEDU (90-91).

²⁹⁶ Sul limitato seguito in letteratura cfr. G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012, 97 ss. e nella giurisprudenza costituzionale (essenzialmente limitato alla sent. n. 290 del 1974 in materia di delitto di sciopero politico) 324 ss.

²⁹⁷ Nell’accennare questi elementi della sua teoria del reato BRICOLA richiama varie volte, espressamente e implicitamente, e tenta di dare concretezza all’idea che dall’art. 3.2 Cost. discenda la necessità di ricercare un’interpretazione alternativa che si distacchi dalla dominante «tendenza a interpretare l’ordinamento giuridico come garante dell’ordinamento sociale borghese (si pensi p. es. al diritto penale)» e realizzi invece il progetto costituzionale di modifica dell’«ordinamento sociale [...] per adeguarlo all’ordinamento giuridico», su cui v. L. BASSO, *Giustizia e potere. La lunga via del socialismo*, in *Quale Giustizia*, 1971, 654 ss.

Sotto un primo profilo, negativo, tale articolo impedirebbe al legislatore penale di configurare come reati fatti la cui punizione sia tale da impedire il raggiungimento del fine repubblicano fondamentale della rimozione degli ostacoli economici e sociali che impediscono nei fatti il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione del lavoratore all'organizzazione del Paese²⁹⁸. In linea di principio, dunque, sarebbero dunque illegittime le incriminazioni che pur perseguendo astrattamente la finalità di tutelare un qualche valore costituzionale, abbiano, in concreto, l'effetto di impedire od ostacolare la realizzazione del fine preminente previsto dall'art. 3.2 Cost²⁹⁹.

In positivo, invece, l'art. 3.2 Cost. imporrebbe al giudice di interpretare la norma penale nel modo più adatto a perseguire la finalità generale di progressiva realizzazione dell'eguaglianza sostanziale, «anche se ciò comporta un'estensione della portata della norma incriminatrice [...] ché di corretta interpretazione trattasi e non di utilizzazione dello strumento analogico in *malam partem*»³⁰⁰. In questo modo l'interprete – a ogni livello – è chiamato a farsi attuatore del processo di trasformazione sociale disegnato dalla Costituzione.

Nel complesso, pertanto, si può dire che i passaggi relativi all'art. 3.2 Cost. siano particolarmente rappresentativi di due elementi assai qualificanti della prospettiva costituzionalistica rispetto all'indirizzo tecnico-giuridico: da un lato, alla già menzionata necessità di concepire la funzione punitiva in modo non slegato dal più generale fine dello

²⁹⁸ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 18.

²⁹⁹ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 72. Per una delle rare applicazioni di questo principio nella giurisprudenza costituzionale cfr. ancora sent. n. 290 del 1974, cons. dir. 4, in cui l'incostituzionalità dell'incriminazione dello sciopero c.d. politico è argomentata affermando che «lo sciopero [è] un mezzo che, necessariamente valutato nel quadro di tutti gli strumenti di pressione usati dai vari gruppi sociali, è idoneo a favorire il perseguimento dei fini di cui al secondo comma dell'art. 3 della Costituzione». Sul tema *funditus* v. sempre in questi termini E. GALLO, *Sciopero e repressione penale*, Bologna, Il Mulino, 1981, 89 ss. e, per lo sviluppo di una lettura sociale della sentenza, spec. 133 ss. Un'affermazione analoga si trova in Corte cost., sent. n. 131 del 1979, cons. dir. 8 sulla vecchia disciplina della conversione della pena pecuniaria in pena detentiva per insolvibilità («siffatte concezioni, esplicitamente proclamate fino alla abrogazione della prigione per debiti, contrastano però seccamente con la tavola dei valori costituzionali [...] lo stato di insolvibilità, comunque motivato e normalmente incolpevole, dal quale, nella fattispecie considerata, si fa derivare la privazione della libertà personale, denuncia la persistenza di ostacoli di ordine economico e sociale al conseguimento della uguaglianza - nel caso, di fronte alla legge penale -; ostacoli che però, lungi dal suggerire l'adozione di misure atte al loro superamento, vengono assunti a causa esclusiva dell'innegabile aggravamento della sanzione penale inflitta»).

³⁰⁰ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 71. Queste riflessioni riprendono quelle più ampiamente sviluppate da L. VIOLANTE, *Il delitto d'usura*, Milano, Giuffrè, 1970, 237 ss. in relazione alla necessità di ricostruire il reato di usura quale «orma di chiusura del sistema nel senso che, vietando la strumentalizzazione dell'altrui situazione d'inferiorità economica, [...] si pone come [...] forma repressiva nei confronti del detentore del bene di produzione e di consumo e di colui che dispone dei servizi idonei ad eliminare deficit l'esistenza dei quali contrasta con l'assetto economico sociale del Paese voluto dalla Costituzione» e, dunque, in modo tale che la concreta applicazione del reato da parte dei giudici risponda effettivamente «all'esigenza di tutelare in maniera precisa ed articolata i diritti riconosciuti dalla Costituzione e a finalità che non siano soltanto di conservazione di posizioni precostituite ma di sviluppo della società verso il modello costituzionale» (245).

Stato; dall'altro, a una speciale attenzione per la realtà fattuale e l'effettività delle garanzie costituzionali³⁰¹.

8.4. Segue: *Il nuovo ruolo del giudice comune*

Un ultimo aspetto su cui è necessario soffermarsi nella ricostruzione della teoria bricoliana del diritto penale è il ruolo del giudice. Questo aspetto è particolarmente importante sia in relazione alla discussione attuale sul cosiddetto diritto giurisprudenziale penale³⁰² sia, e soprattutto per la prospettiva di storia del pensiero costituzionale, in relazione al paradigma di giudice *bouche de la loi* sviluppato nell'ambito della prima fase della riflessione costituzionalistica sul potere punitivo³⁰³.

Come in parte già emerso, il rapporto della teoria sviluppata da Bricola con la funzione giudiziaria è più complicato rispetto al passato in ragione dell'esistenza di un livello di legalità ulteriore rispetto a quello legislativo. Lasciando in disparte il rilevante ruolo riconosciuto al giudice costituzionale (per ovvie ragioni assente nella discussione filosofica-costituzionale delle origini), al giudice comune è riconosciuto un ampio margine di manovra nell'attività interpretativa, pur nel rispetto dell'irrinunciabile «valore “garantista” della disposizione» fissato dall'art. 25 Cost.³⁰⁴ (da cui discendono i già ricordati principi di tassatività, divieto di analogia, ecc.). Esaminerò brevemente due esempi più significativi in cui si sostanzia tale margine di manovra e, quindi, metterò in luce la loro comune derivazione dall'esigenza di fornire *effettiva tutela* ai valori costituzionali.

Viene in rilievo, sotto un primo profilo attinente all'interpretazione della norma penale, la distinzione tracciata da Bricola tra le categorie di *conformità* al fatto tipico previsto dal legislatore e *lesività* dello specifico fatto compiuto dal trasgressore, da cui deriva, logicamente, un potere del giudice di non punire fatti astrattamente rientranti nella fattispecie legale, ma *concretamente non offensivi* del valore costituzionale tutelato³⁰⁵. Questa distinzione si fonda sull'ammissibilità di una distinzione tra antigiuridicità formale e antigiuridicità sostanziale in seno a un modello di diritto penale positivo, come quello italiano, in cui è prevista una fonte di rango superiore alla fonte legale: in questo contesto, difatti, la valutazione di antigiuridicità sostanziale non riguarda parametri

³⁰¹ Cfr. sul punto, con specifico riferimento alla rilevanza dell'art. 3.2, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 90 in cui l'argomentazione riguardante la violazione della presunzione di innocenza da parte dei reati c.d. di sospetto è sviluppata considerando espressamente come l'inversione dell'onere della prova non mette in difficoltà egualmente gli imputati, ma è particolarmente gravosa per gli «imputati che già di per sé si trovano in una condizione di inferiorità sociale od economica» e per quelli che «per ragioni non dipendenti da una [loro] effettiva responsabilità di apparire convincente».

³⁰² Per riferimenti generali a questo dibattito v. di nuovo M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3, 2016, 13 ss. e D. PULITANÒ, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a costituzione e il ruolo 'creativo' del giudice*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 65 ss.

³⁰³ V. *supra* parr. 2.1 ss.

³⁰⁴ Così F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 71.

³⁰⁵ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 68 ss.

extragiuridici (moralì, economici, sociali, ecc.) ma può (e deve) essere concepita come valutazione intrasistemica di coerenza della punizione con i valori e fini previsti dalla fonte di rango superiore³⁰⁶. La teorizzazione di un simile potere del giudice non metterebbe del resto in discussione il principio di soggezione alla legge, in particolare, dato che il parametro per la prospettata valutazione sostanziale è il frutto di un'attività ermeneutica – naturalmente spettante all'organo giudiziario – finalizzata a individuare «l'interesse protetto e la caratterizzazione del suo preciso significato sociale e costituzionale», dunque «rispondente al dettato dell'art. 25» (e 101 Cost.)³⁰⁷.

Un secondo profilo rispetto al quale la discrezionalità del giudice è costituzionalmente imposta attiene al momento della *commisurazione della pena* (di cui Bricola parla in termini di discrezionalità in senso tecnico). La fattispecie astratta deve difatti prevedere la pena in modo tale da permettere una sua «ragionevole differenziazione» in base alle «peculiarità del caso concreto»³⁰⁸. Questa funzione del giudice di rendere la “giustizia del caso concreto”³⁰⁹ è radicata da un lato nel principio generale di eguaglianza³¹⁰ e, dall'altro, nei principi penalistici di personalità e finalità rieducativa della pena, a cui si collega, nei termini sopra descritti, la necessità che la pena in concreto irrogata sia adeguata, per specie e quantità, tanto alla rimproverabilità del reo quanto alla sua personalità³¹¹.

Nel complesso, pertanto, sia in riferimento all'attività interpretativa sia a quella discrezionale in senso tecnico la teoria del reato di Bricola rifiuta – sul piano politico-costituzionale prima ancora che su quello teorico-epistemologico³¹² – una concezione puramente meccanicistica dell'attività del giudice. Al contrario, nell'ambito di tale teoria al giudice è assegnato un *ruolo attivo* e fondamentale nel *processo di realizzazione degli obiettivi costituzionali*³¹³ mediante un'attività di mediazione tra il livello astratto della previsione legislativa e quello della realtà concreta a cui la previsione va applicata. Sul piano più generale delle «ideologie costituzionali» (o formanti filosofico-politici della Costituzione), è peraltro significativo sottolineare come la valorizzazione del momento

³⁰⁶ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 72 ss. e in part. 80 ss.

³⁰⁷ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 76.

³⁰⁸ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Vol. I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965, 352 ss.

³⁰⁹ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Vol. I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965, 223 descrive in questo modo il contenuto essenziale della categoria della discrezionalità (giudiziaria) in senso tecnico.

³¹⁰ Cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Vol. I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965, 352.

³¹¹ Cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Vol. I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965, 353 ss.

³¹² Per la ricostruzione di questo piano del dibattito nella letteratura costituzionalistica di recente v. F. MODUGNO e A. LONGO, *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, 11 ss.

³¹³ Così espressamente F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 18, dove si riconosce in capo al giudice il «dovere [...] di potenziare o restringere il contenuto di una fattispecie senza alternarne i lineamenti descritti, in modo da realizzare gli obiettivi del disposto costituzionale».

discrezionale dell'attività giudiziaria rappresenti, per lo stesso Bricola, il frutto della saldatura – avvenuta a livello positivo con l'approvazione della Costituzione repubblicana, anche se generalmente ignorato nell'ambito della riflessione tecnico-giuridica per ragioni soprattutto politico-culturali – fra la visione *garantista o liberale* del diritto penale e quella *sociale e solidarista*³¹⁴.

8.5. *La ricezione della teoria generale del reato e il rifiuto teorico-politico del principio di necessaria offensività costituzionale*

Benché molti degli aspetti sostanziali della teoria generale del reato di Bricola siano stati accolti dalla giuspenalistica italiana³¹⁵ e, in parte, anche dalla giurisprudenza costituzionale successiva³¹⁶, questo non è avvenuto per il suo elemento più qualificante, relativo alla necessità che ogni incriminazione, in quanto limitazione della libertà personale, fosse giustificata dalla necessità di tutelare un bene giuridico costituzionalmente rilevante³¹⁷.

Contro l'idea che la Costituzione dovesse rappresentare, in questi termini, non soltanto un *limite*, ma il vero e proprio *fondamento* del diritto penale la dottrina maggioritaria ha opposto una serie di ragioni tuttora alla base dell'opinione comune sul

³¹⁴ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 82 con riguardo alla polifunzionalità della pena, ma generalizzabile alla luce della concezione teleologica del reato apertamente accolta dall'autore (cfr. poco sopra nella stessa pagina).

³¹⁵ V. sul tema M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Il Foro italiano*, 2, 2001, 35 e ampi riferimenti bibliografici lì contenuti.

³¹⁶ Così ad es. in materia di colpevolezza (nella fondamentale sent. n. 364 del 1988 che ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 5 cod. pen. «nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile» e nella successiva sent. n. 1085 dello stesso anno in cui la Corte afferma che «perché l'art. 27, primo comma, Cost, sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati») e di individualizzazione della pena (a partire dalle sentt. nn. 15 del 1962 e poi, più chiaramente, n. 50 del 1980, dove la Corte riconosce che: «in via di principio, invero, l'individualizzazione della pena, in modo da tenere conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale [...] di qui il ruolo centrale, che nei sistemi penali moderni è proprio della discrezionalità giudiziale», ripresa, in termini analoghi, di recente da Corte cost., sent. n. 185 del 2021, cons. dir. 6); non invece, sempre per es., in materia di conseguenze sostanziali della presunzione di innocenza (cfr. da ult. sull'art. 707 cod. pen. la sent. n. 225 del 2008 e, in part. cons. dir. 10).

³¹⁷ Come è in genere riportato nella letteratura su questo tema, un'apertura isolata allo schema logico ideato nell'ambito della teoria generale del reato si trova in Corte cost., sent. 409 del 1989, dove si legge che: «Non v'è dubbio, infatti, che il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante» e, successivamente, sent. n. 341 del 1994 («la rigidità e severità del minimo edittale previsto dal legislatore del 1930 e ancora vigente sia frutto di un bilanciamento ormai manifestamente irragionevole tra tutela dell'onore e del prestigio del pubblico ufficiale (e del buon andamento dell'amministrazione) anche nei casi di minima entità, e quello della libertà personale del soggetto agente»).

carattere cosiddetto non dimostrativo (in termini costituzionalistici: meramente programmatico) del principio di necessaria offensività costituzionale. Queste obiezioni possono così sintetizzarsi: 1) l'impraticabilità della teoria³¹⁸ 1.a) o perché considerata troppo restrittiva per il legislatore in quanto, limitando la possibilità di tutela penale a un *numerus clausus* di beni giuridici, avrebbe potuto frustrare nuove esigenze di prevenzione generale e speciale meritevoli di tutela³¹⁹; 1.b) o, esattamente all'opposto e in risposta all'apertura bricoliana alla tutela dei beni di rilevanza costituzionale solo implicita, per la sua incapacità di operare quale vero limite alle scelte di criminalizzazione in quanto non esisterebbe alcun bene giuridico non tutelato (quantomeno) implicitamente dalla Costituzione³²⁰; 2) l'inaccettabilità (politica) dell'idea degli obblighi di tutela penale, che, nonostante l'espressa esclusione in sede di formulazione della teoria generale, rappresenterebbero in realtà il logico sviluppo di una concezione della Costituzione come fondamento del diritto penale³²¹; 3) l'inesistenza di una gerarchia positiva di valori costituzionali e il conseguente trasferimento di un sostanziale potere di determinazione della politica criminale alla Corte costituzionale, giudicata una conseguenza incompatibile con «il principio di divisione dei poteri tipico di una democrazia liberale»³²² e, comunque, espressione di una insidiosa «teologia della Costituzione»³²³.

Anche se non sono mancati tentativi di riattualizzare la teoria bricoliana³²⁴, l'atteggiamento di scetticismo dominante nella letteratura penalistica dagli anni Ottanta a oggi ha fatto sì che la Costituzione continuasse a essere intesa dalla dottrina maggioritaria quale *mero limite* al legislatore penale imponendogli di agire, sul piano formale, secondo i procedimenti in essa previsti e, su quello sostanziale, in conformità con i principi

³¹⁸ In generale v. F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1, 1998, 353, che parla al riguardo di «paradosso metodologico» dipendente dall'essere il principio di offensività un principio «contenutistico» ma, al tempo stesso, privo di un contenuto «realmente predeterminato al giudizio di costituzionalità».

³¹⁹ V. ad es. G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Il Foro italiano*, V.1, 2001, 3 e già *amplius* G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1, 1982, 53 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano, Giuffrè, 1977, 451; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1980, 220.

³²⁰ Cfr. di nuovo G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Il Foro italiano*, V.1, 2001, 3; A. PAGLIARO, *Cenni sugli aspetti penalistici del recente progetto di riforma costituzionale*, in *Indice penale*, 1998, 318; M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 37-38.

³²¹ Cfr. D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, 484 ss. Per una ricostruzione del dibattito sul tema degli obblighi di penalizzazione v. da ultimo C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale: la discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, ETS, 2009, 57 ss. e 65 ss.

³²² G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Il Foro italiano*, V.1, 2001, 4.

³²³ D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, 498.

³²⁴ V. in particolare nella scuola bolognese V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, G. Giappichelli, 2005, 158 ss.

costituzionali³²⁵. I sostenitori di un approccio costituzionalistico forte al problema penale hanno dunque a propria volta accettato l'idea che il rilancio del progetto bricoliano non possa – realisticamente – che passare da una modifica del dato positivo di riferimento³²⁶ e, in ogni caso, da un rafforzamento dei poteri istruttori della Corte, anche sul piano dello svolgimento di indagini empiriche, in modo da garantire l'effettività del suo controllo e permettere un suo maggior ancoramento a valutazione di ordine scientifico-fattuale³²⁷.

Se tuttavia si guarda retrospettivamente a questo dibattito, durato gli ultimi cinquant'anni e non ancora sopito, emergono, a mio avviso, con particolare evidenza due aspetti problematici, che mi sembrano tra loro legati. In primo luogo, la totale assenza di partecipazione dei costituzionalisti al dibattito³²⁸, sebbene si tratti, evidentemente, di una questione costituzionale. In secondo luogo, il carattere sostanzialmente teorico-politico della discussione sulla *preferibilità* di un approccio costituzionalistico debole o forte³²⁹. Credo infatti che nella prospettiva del diritto costituzionale sia possibile affrontare questa questione (di diritto costituzionale) in maniera metodologicamente più appropriata di quanto non sia stato fatto dai teorici del diritto penale.

Per impostare un discorso al riguardo è tuttavia necessario cercare di esplicitare, anzitutto, il fondamento ideologico-razionale dell'opzione teorica che si oppose all'affermazione del paradigma bricoliano³³⁰. Sul punto una dottrina particolarmente autorevole ha riconosciuto che l'approccio tradizionale si basa su una tendenza della

³²⁵ Cfr. P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, CEDAM, 1982, 49 ss.; su questa concezione debole del costituzionalismo penale (che ricondurrò all'*approccio tradizionale* poiché sviluppata in continuità con i presupposti della scienza giuridica dello stato liberale rifiutati da Bricola) v. *funditus* V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, G. Giappichelli, 2005, 42.

³²⁶ V. al riguardo M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Il Foro italiano*, 2, 2001, 40. Come mostrano i cambiamenti che hanno caratterizzato la giurisprudenza costituzionale negli ultimi vent'anni e come cercherò di mostrare nel proseguo dell'analisi, mi sembra in realtà che la questione abbia più a che fare con la cultura giuridica dominante tra gli interpreti che non con il testo della Costituzione, che non può dirsi certo espressamente incompatibile con l'approccio sviluppato da Bricola.

³²⁷ Così sempre M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Il Foro italiano*, 2, 2001, 43. A questo riguardo è rilevante l'intervento nel 2020 delle nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale che rafforzano i poteri istruttori della Corte anche mediante la possibilità di sentire esperti di chiara fama su specifiche questioni (sul punto v. più ampiamente A. PUGIOTTO, *Le nuove Norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 426 ss. e spec. 436 ss.).

³²⁸ A questa considerazione generale fanno eccezioni alcuni interventi su questioni tendenzialmente riguardanti la giustizia costituzionale, come, ad es., l'apertura di V. ONIDA, *Note su un dibattito in tema di «rilevanza» delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 1004-1007 in ordine alla rilevanza di questioni di legittimità costituzionale aventi in *malam partem* (tendenzialmente esclusa *a priori* dai penalisti in forza della non applicabilità *ex art. 25 Cost.*).

³²⁹ Cfr. M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Il Foro italiano*, 2, 2001, 39, in cui si legge che «tutti hanno presto compreso che il problema maggiore non era quello del fondamento positivo di quelle tesi, ma quello della loro fondazione razionale e politica. Erano tesi politicamente accettabili oppure no?».

³³⁰ Approcciandosi alla letteratura del tempo sul tema si ha la sensazione che, talora, i sostenitori dell'approccio più legato alla metodologia tecnico-giuridica percepissero tale modo di procedere come neutrale. Rilevava l'infondatezza di questo assunto, sottolineando come l'adesione all'indirizzo tecnicista presupponesse in realtà l'adesione a una filosofia del diritto penale, già G. BETTIOL, *Aspetti e problemi dell'attuale scienza penalistica italiana*, in *L'Indice penale*, 1974, 273.

dottrina penalistica maggioritaria a ricostruire «non il sistema costituzionale complessivo, ma il suo profilo che più direttamente concerne il rapporto autorità-libertà [...] secondo una *logica liberale*»³³¹, in linea, peraltro, con un'importante tradizione italiana che risale fino a Beccaria³³². Questo approccio si fonderebbe, in particolare, su una concezione puramente liberale dei diritti fondamentali (intesi come diritti di difesa *dallo Stato*)³³³ e sulla teorizzazione di un diritto penale slegato dalla questione dello Stato sociale³³⁴. Così, il diritto penale sarebbe da intendere – sul piano costituzionale – «come problema della coercizione prima che come funzione di tutela»³³⁵, tanto che, sul piano metodologico, queste premesse teorico-politiche si tradurrebbero nell'esigenza di concepire la stessa disciplina penalistica in modo da non escludere la possibilità di una discussione sull'idea-limite «dell'abbattimento del diritto penale»³³⁶, idea-limite che, al contrario, un approccio come quello costituzionalistico – inteso nel senso di ammettere, teoricamente, l'idea dell'obbligo penale di tutela – avrebbe invece portato a negare.

Un simile approccio, tuttavia, se è certamente idoneo a fondare una *teoria liberale* del diritto penale (che può considerarsi razionale, politicamente desiderabile, costituzionalmente compatibile, ecc.), appare in realtà piuttosto *parziale* se osservato in una prospettiva costituzionalistica³³⁷. Da una parte, difatti, la richiamata “logica liberale” si basa su una concezione limitata dei diritti fondamentali³³⁸ e sull'idea, metodologicamente molto discutibile, che sia possibile separare la Costituzione penale dal “sistema costituzionale complessivo”; dall'altra, e su un piano più generale, tale logica è dichiaratamente esclusiva rispetto alle istanze di altri formanti del costituzionalismo e, dunque, un modello interpretativo fondato su di essa sembra *a priori* inidoneo a garantire il pieno raggiungimento di scopi che, pur potenzialmente estranei al programma del

³³¹ D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, 519 (corsivo aggiunto). Si tratta, del resto, di un assunto che si trova frequentemente in altre riflessioni generali sulla materia, come ad. es. in P. NUVOLONE, *Riflessioni introduttive allo studio del diritto penale*, in *L'Indice penale*, 1973, 15-16 (in materia di possibili concezioni alternative del principio di legalità).

³³² Cfr. D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, 518.

³³³ Cfr. D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, 514 e 520.

³³⁴ V. D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, 516-518.

³³⁵ D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, 519.

³³⁶ D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, 524-525.

³³⁷ Cfr. nello stesso senso già M. D'AMICO, *Note introduttive ad uno studio sulle libertà costituzionali nella materia penale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 1992, 104 e già G. GEMMA, *Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire*, in *Diritto e società*, 1986, 464 ss.; nonostante queste critiche da parte dei costituzionalisti, i termini del dibattito restano oggi sostanzialmente i medesimi.

³³⁸ Cfr. per tutti da ultimo R. BIN, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, Franco Angeli, 2018, 11 ss.; già sulla necessità di una dimensione istituzionale (e, dunque, positiva) anche per i diritti generalmente considerati di “difesa *dallo Stato*”, quale elemento del passaggio «da una concezione liberale a una concezione democratica e personalista delle libertà», in termini più generali A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, 53 ss. e 65 ss. In prospettiva storica sul portato della tradizione socialista al discorso dei diritti v. anche G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 97 ss. e 100. Per l'inconsistenza della tradizionale distinzione tra generazioni di diritti in termini di libertà negativa-libertà positiva e connessione a prestazioni da parte dello Stato v. anche E. DICOTTI, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2004, 733 ss.

diritto penale liberale, sono invece certamente riferibili al costituzionalismo e al costituzionalismo italiano in particolare³³⁹.

Proprio sotto questo profilo teleologico, la mia analisi di storia del pensiero costituzionalistico sulla punizione cerca di mostrare con più chiarezza le ragioni per cui una *dottrina costituzionale* della punizione non può fondarsi esclusivamente su una logica liberale mediante un confronto tra i risultati in termini di costituzionalizzazione dei vari approcci che ho ricostruito del potere punitivo con gli obiettivi minimi di una teoria costituzionale della punizione. Il risultato di questo confronto avvalorava difatti le critiche che ho mosso all'approccio tradizionale.

9. Sintesi dei caratteri dell'approccio tradizionale e dell'approccio costituzionalistico. Loro confronto con gli obiettivi minimi di una teoria costituzionale della punizione per determinare grado e modo della costituzionalizzazione del potere punitivo

Alla luce di questa ricostruzione dell'evoluzione del discorso costituzionale in materia penale nella dottrina giuridica italiana dell'ultimo secolo è dunque possibile confrontare i caratteri dei principali *approcci teorico-costituzionali* con i principi fondamentali di una teoria costituzionale della punizione, che ho tratto, più sopra, dall'analisi della filosofia costituzionale classica³⁴⁰.

L'*approccio tradizionale* (o della *Costituzione come limite*), risultante dal rifiuto della teoria bricoliana e dalla riaffermazione – anche sul piano dell'interpretazione costituzionale – dei valori liberali che avevano fondato l'indirizzo tecnico-giuridico, non è in grado di fondare molti dei principi che contraddistinguono una teoria costituzionale della punizione.

Per schematizzare gli elementi essenziali di questo approccio si può dire che esso è incentrato su un'interpretazione dell'art. 25 Cost. quale riserva (tendenzialmente esclusiva) all'organo parlamentare delle scelte in ordine alla determinazione dei reati e delle pene. Tale riserva rappresenta la migliore garanzia, al tempo stesso, per l'individuo (valendo la riserva a favore dell'organo rappresentativo dell'intera comunità politica)³⁴¹

³³⁹ Sulla scorrettezza metodologica di ricostruire la Costituzione penale in chiave solo liberale v. già G. SILVESTRI, *Diritto penale, democrazia, costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, vol. VII, Torino, G. Giappichelli, 2010, 3093 ss. Su un piano più generale la riflessione svolta nel testo trova un peraltro un saldo supporto anche in C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (1970), oggi in *Politica Criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, trad. it. S. Moccia, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1998, 37 ss., dove l'idea vonlitziana di diritto penale (quale garanzia contro «l'aggressione dello Stato "leviatano"», divenuta tradizionale (38), è criticata proprio in quanto con essa «ci [si] trascina[no] dietro l'eredità del positivismo [che] bandisce la dimensione del sociale e del politico dalla sfera del giuridico» (43) e dove si afferma, ancora, che «la vincolatività del diritto e del finalismo della politica criminale non possono essere in contraddizione», come vuole l'impostazione dominante, «ma devono ricondursi a sintesi, così come stato di diritto e stato sociale non costituiscono in realtà inconciliabili opposti, bensì una unità dialettica: un ordinamento statale senza giustizia sociale non è uno stato di diritto in senso sostanziale» (46).

³⁴⁰ V. *supra* par. 2.6.

³⁴¹ Si tratta di un argomento, ripreso in questi termini anche dalla Corte costituzionale (*cf.*, tra molte, sent. n. 230 del 2012, cons. dir. 7), di chiara matrice liberale. Nella letteratura penalistica v. F. BRICOLA, *Art. 25, 2° e 3° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art.*

e per la certezza del diritto (valendo la riserva, da un lato, a escludere interventi della Corte costituzionale in tema di scelte di criminalizzazione e di dosimetria della pena e, dall'altro, a imporre al giudice penale un ruolo, quanto più possibile, di *bouche de la loi*)³⁴². In termini di giustizia costituzionale³⁴³, l'approccio tradizionale si contraddistingue infatti per il riconoscimento al legislatore penale di un potere insindacabile salvo vizi generici di manifesta arbitrarietà o irragionevolezza³⁴⁴. Tale potere comprende anche quello della qualificazione di una sanzione come penale o amministrativa, con conseguente rimessione delle garanzie costituzionali penalistiche a una scelta del legislatore ordinario sindacabile esclusivamente in termini di ragionevolezza *intra legem* (divieto di attribuire una qualificazione incoerente con il tipo di disciplina previsto).

Rispetto ai principi di una teoria di costituzionale della punizione l'approccio tradizionale valorizza dunque oltremodo il principio di politicità, che viene inteso come

24-26, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1981, 232 che riprende quest'argomento da G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1964, 968, affermando però significativamente che «il procedimento legislativo [...] è ancora nell'attuale momento politico costituzionale il mezzo più idoneo a garantire [il] bene fondamentale della libertà personale» e, dunque, storicizzandolo. Nella più generale prospettiva pubblicistica l'argomento affonda le sue ragioni nel significato storico della riserva di legge quale strumento di redistribuzione del potere tra Parlamento e Corona fondativo dello Stato liberale, su cui v. *funditus* R. BALDUZZI e F. SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, 1212 ss.

³⁴² Per questa impostazione nella rara letteratura costituzionalistica che ha affrontato il tema cfr. M. LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 1-2 che identifica il «punto fondamentale» della questione criminale nel «“trittico” dei principi reggitori della normazione penale che sono desumibili dall'art. 25, comma 2, Cost.: riserva di legge, determinatezza, irretroattività» e nella loro «matrice comune», che «per Bricola [...] si trattava della “garanzia del cittadino di fronte agli arbitri normativi dell'esecutivo” (*Commentario Branca*, 233)» (più in generale, in realtà, nella «garanzia per la libertà personale del cittadino», cfr. F. BRICOLA, *Art. 25, 2° e 3° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 24-26*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1981, 234) mentre per LUCIANI «si tratta della *certezza*» (corsivo aggiunto). Sotto questo profilo l'approccio costituzionalistico si caratterizza, invece, per una valorizzazione del ruolo del giudice quale organo direttamente impegnato nella realizzazione della finalità costituzionale sottesa all'incriminazione (sul fatto che l'impostazione liberale dominante conduca a preferire le soluzioni ispirate a esigenze di *certezza* più che di *giustizia* cfr. di nuovo C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (1970), oggi in *Politica Criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, trad. it. S. Moccia, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1998, 40). Sotto questo profilo, peraltro, il paradigma bricoliano anticipava alcuni caratteri generali assunti dalla giurisdizione nel contesto costituzionale attuale su cui v. per tutti G. SIVLESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2006, 16 ss.

³⁴³ Sul recepimento di questo modello tradizionale nella giurisprudenza costituzionale cfr. anche G. LEO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in I. PELLIZZONE, I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 47-50 e sulla sua crisi 51 ss. Nella giurisprudenza costituzionale per il vaglio sulle scelte di incriminazioni secondo lo standard della non manifesta arbitrarietà cfr. ad es. Corte cost., sent. n. 109 del 2016, cons. dir. 8.1 (per una delle poche applicazioni v. la nota sent. n. 189 del 1987 sul reato di esposizione non autorizzata di bandiere di stato estero); in generale sulle conseguenze e i caratteri dell'approccio tradizionale v. Corte cost., sent. n. 179 del 2017, cons. dir. 4 ss. nonché gli ampi riferimenti alla giurisprudenza precedente *ivi* indicati.

³⁴⁴ Sulle specifiche contraddizioni e incoerenze a cui conduce tale riconoscimento di principio, con l'auspicio di un ripensamento, v. già M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in I. PELLIZZONE, *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 34 ss.

riguardante non tanto la scelta dei mezzi più idonei per perseguire i fini dello Stato, ma piuttosto come scelta dei fini stessi da perseguire attraverso il sistema penale (pur con l'esclusione, beninteso, dei fini espressamente vietati dalla Costituzione, come, ad esempio, la criminalizzazione di condotte che costituiscono l'esercizio di diritti costituzionalmente riconosciuti³⁴⁵). A livello di costruzione del discorso, questo dipende dall'affermazione – esplicita o implicita – di una certa separazione della questione penale dal tema dei fini generali dello Stato. Ne consegue che l'attività del legislatore penale non è concepibile come attività funzionalizzata; le scelte di criminalizzazione non sono sottoposte nemmeno astrattamente a un qualche dovere giuridico di giustificazione (o giustificabilità); e un sindacato di proporzionalità dell'intervento sanzionatorio è difficile da strutturare per l'assenza di parametri vincolanti per il legislatore.

Rispetto alla sanzione qualificata dal legislatore come amministrativa, invece, non sono garantiti nemmeno i principi di irretroattività e determinatezza.

Per nessun tipo di sanzione punitiva, infine, è in alcun modo garantita l'eguale afflittività della pena, che può essere stabilita del tutto indipendentemente dalle condizioni materiali del condannato.

L'*approccio costituzionalistico* (o della *Costituzione come fondamento*) sviluppato da Bricola appare, al contrario, più rispondente agli obiettivi storici del costituzionalismo in materia penale³⁴⁶.

La ricostruzione della sanzione penale come limitazione della libertà personale permette difatti di concepire la scelta di punire come un'attività funzionalizzata dato che, secondo la nota teorica del bilanciamento, ogni limitazione di un diritto fondamentale costituzionalmente tutelato deve perseguire, in linea di principio, un interesse di rilievo costituzionalmente almeno analogo ed essere proporzionata a tale finalità³⁴⁷. Al tempo stesso, l'impostazione di Bricola preserva un contenuto significativo anche per il principio di politicità dato che, come alcuni dei suoi critici hanno messo in rilievo, l'insieme dei beni di rilievo costituzionale (esplicito e implicito) è particolarmente ampio e, di conseguenza, la scelta sul se e sul come punire appare comunque connotata da un ampio margine di discrezionalità. Tornerò in seguito sulle critiche relative agli obblighi costituzionali di tutela e all'eccessivo margine di discrezionalità rimesso alla Corte costituzionale dall'approccio costituzionalistico (profili che, comunque, non si pongono in rapporto problematico rispetto agli elementi essenziali di una teoria costituzionale della punizione). È qui invece opportuno sottolineare come, ricostruendo il dibattito in questa prospettiva, sia possibile rigettare con più convinzione l'obiezione relativa alla scarsa

³⁴⁵ Si tratta della logica in cui tipicamente si muove la Corte costituzionale sin dalla sent. n. 1 del 1956, che dichiara l'incostituzionalità dell'art. 633 c.p. (Vendita, distribuzione o affissione abusiva di scritti o disegni) per violazione dell'art. 21 Cost. Sul punto *cf.* anche A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012, 123 ss.

³⁴⁶ Se nella prospettiva di quest'analisi ciò costituisce una ragione per la sua preferibilità, in una prospettiva puramente storica mi sembra che questo dato confermi una certa continuità tra il pensiero costituzionalistico e le attuali esperienze costituzionali positive.

³⁴⁷ Sul punto e sulla stretta connessione di questa teoria con lo Stato costituzionale liberal-democratico v. per tutti A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali II, Milano, Giuffrè, 2008, 185 ss.

selettività del concetto di bene giuridico costituzionalmente rilevante: nella misura in cui tale critica indica il carattere lasco del vincolo che da esso consegue per il legislatore, essa appare infondata poiché non rientra negli obiettivi di una teoria costituzionale del potere punitivo quello di annullare né di ridurre eccessivamente il margine di discrezionalità legislativa; cionondimeno, l'idea della necessaria offensività costituzionale conserva una propria utilità in quanto idonea a fondare un dovere giuridico per il legislatore penale di giustificazione della scelta di punire³⁴⁸.

Rispetto all'approccio tradizionale, infine, il rilievo riconosciuto nell'ambito dell'approccio costituzionalistico alla questione sociale e alla finalità generale di non contraddire l'imperativo rappresentato dalla diminuzione delle diseguaglianze di fatto offre un saldo supporto per sviluppare il principio di eguale afflittività in termini vincolanti per il legislatore.

D'altra parte, come ho cercato di mettere in luce, la connessione strutturale tra approccio costituzionalistico e limitazione della libertà personale, che avviene a livello di definizione di sanzione penale, ha l'effetto di rimettere a una scelta del legislatore ordinario l'applicazione dell'intero sistema di limiti teorizzato³⁴⁹. Rispetto a forme diverse di punizione (non incidenti sulla libertà personale ma potenzialmente di gravità comparabile), infatti, nemmeno l'approccio costituzionalistico è in grado di fondare molti dei principi che caratterizzano il nucleo essenziale di una teoria costituzionale della punizione.

Una teoria della sanzione amministrativa simile all'approccio costituzionalistico non è peraltro mai stata sviluppata. Scartata la possibilità teorica di concepire il potere punitivo amministrativo come sostanzialmente autonomo dal potere legislativo, in una prima fase per l'adozione del metodo tecnico-giuridico e, successivamente, per l'affermazione e valorizzazione del principio costituzionale di legalità, il discorso costituzionale al riguardo è stato fondamentalmente limitato alla questione della possibile estensione delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative punitive. Al riguardo, il punto d'arrivo della discussione teorica – che accomuna tutte le opzioni espresse in

³⁴⁸ Per queste ragioni non trovo condivisibile l'affermazione di M. LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 6 secondo cui, in una logica di *judicial minimalism* alla Sunstein, vi sarebbe in realtà una «sovrapponibilità di due orientamenti che appaiono contrapposti quanto alle premesse di principio, ma sono largamente coincidenti quanto agli esiti pratico-interpretativi». Peraltro, in una prospettiva sistematica, la necessità che ogni incriminazione sia connessa a un'esigenza di tutela costituzionalmente qualificata (dunque, come tale, meritevole di realizzazione) appare strettamente connessa alla legittimazione del diverso ruolo della giurisdizione (penale) teorizzato da Bricola, e assai più *engagé* rispetto al paradigma liberale della *bouche*, su cui v. *funditus supra* par. 8.4 nonché nota n. 342.

³⁴⁹ Anche la parziale dipendenza della nozione di materia penale sviluppata da Bricola dal contenuto della legislazione ordinaria, nei termini che ho evidenziato *supra* nel par. 8.1, può essere spiegata in termini di interpretazione originalista della Costituzione giacché l'intento dei Costituenti nel prevedere le garanzie penalistiche sarebbe stato storicamente legato al suo speciale tenore di afflittività in quanto incidente, direttamente o indirettamente, sulla libertà personale (sul punto v. F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitati alla fine degli anni '70*, in *La questione criminale*, 1980, 179 ss.; l'argomento è ripreso in questi termini dai successivi esponenti della scuola bolognese, tra cui *cf.* F. SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *L'Indice penale*, 1984, 266 e V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, G. Giappichelli, 2005, 130).

letteratura per l'applicabilità di alcune o di tutte le garanzie – è rappresentato dalla consapevolezza, maturata nell'ambito dello sviluppo dell'*approccio funzionalista* di Licci, che, da un punto di vista costituzionale, sia necessario fornire una ragione per il diverso trattamento giuridico del soggetto punito da una sanzione amministrativa rispetto a quello colpito da una sanzione penale, se è vero che l'una e l'altra si distinguono per ragioni puramente formali³⁵⁰. Ciononostante, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza costituzionale hanno continuato a trattare il tema nella logica formalistica dell'*approccio tradizionale*, escludendo così la sanzione amministrativa dagli orizzonti del processo storico di costituzionalizzazione del potere punitivo con argomenti riconducibili, in ultima istanza, a quello della *volontà originale* del Costituente (*original intent*)³⁵¹, ma senza offrire nessun'altra ragione sostanziale costituzionalmente apprezzabile.

³⁵⁰ È opportuno sottolineare che questa prospettiva è differente rispetto a quella delle nozioni di materia penale differenziate c.d. “a geometrie variabili” sostenute da F. MAZZACUVA e L. MASERA (*supra* Introduzione, par. 3.2.1). Mentre l'approccio funzionalistico di G. LICCI, pur muovendo da un'istanza garantistica legata alla depenalizzazione, ambisce a definire in una prospettiva teorico-sostanziale il concetto di “materia penale” (postulando come conseguenza l'applicazione di tutte le garanzie riservate al diritto formalmente penale), l'approccio delle “geometrie variabili” si basa invece sul presupposto pragmatico che una nozione *sovra-legale* di “materia penale” serva al limitato fine di prevenire una truffa delle etichette da parte del legislatore (postulando, dunque, la necessità di ricostruire la *ratio* di ciascuna garanzia penalistica al fine di valutarne l'inerenza alla finalità punitiva della misura, o comunque l'applicabilità logica alla singola misura considerata, e, dunque, a giustificarne o meno l'estensione).

³⁵¹ Per la ricostruzione in termini originalisti dell'*approccio tradizionale* v. *supra* par. 6.3.

SEZIONE III LA FASE POST-POSITIVA

SOMMARIO DELLA SEZIONE. 10. Il potere di punire nella prospettiva del diritto europeo dei diritti dell'uomo. – 10.1. Caratteri generali dell'approccio EDU. La nozione sostanziale di materia penale – 10.1.1. Materia penale e materia disciplinare. Rilettura in senso sostanziale del criterio di distinzione relativo all'ambito di applicazione della sanzione alla generalità dei consociati. – 10.1.2. La *ratio* della nozione autonoma e della sua incertezza intrinseca – 10.2. *Segue*: Limiti alle scelte di punire e garanzie per la materia penale. – 10.2.1. Valutazione del grado e del modo di costituzionalizzazione del potere punitivo a livello convenzionale. – 11. Il pluralismo punitivo interno alla materia penale. – 11.1. La graduabilità delle garanzie processuali per gli "illeciti minori". – 11.2. *Segue*: L'interpretazione del diritto al *ne bis in idem* sostanziale. – 11.3. Incidenza del riconoscimento del pluralismo punitivo sul grado di costituzionalizzazione del potere di punire a livello convenzionale. – 12. Valutazione complessiva dell'approccio EDU nella prospettiva della costituzionalizzazione del potere punitivo. Suo confronto con gli approcci interni.

10. *Il potere di punire nella prospettiva del diritto europeo dei diritti dell'uomo*

Non è più possibile tracciare i lineamenti di una storia del pensiero costituzionale in materia penale senza prendere in considerazione il ruolo che in essa ha giocato il diritto europeo dei diritti dell'uomo sviluppato dalla Corte di Strasburgo mediante l'interpretazione della CEDU. Nell'ultimo ventennio, difatti, il diritto EDU ha assunto un rilievo crescente nel discorso penalistico italiano, non soltanto per il suo sempre più frequente utilizzo da parte della Corte costituzionale, ma anche per la diffusione dell'idea in una parte crescente della dottrina che – dopo il parziale fallimento dell'approccio bricoliano – la *valorizzazione della Convenzione* e la conseguente *apertura internazionale* del diritto penale possano rappresentare una *nuova tappa dell'approccio costituzionale*³⁵².

In questo *milieu* sono divenuti sempre più frequenti gli studi che analizzano la giurisprudenza EDU in materia penale con l'intento di definirne le conseguenze per l'ordinamento interno³⁵³. L'analisi che condurrò in questa sezione mira invece a

³⁵² Cfr. V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES e V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, 2 ss. ed espressamente in termini di "costituzionalizzazione" del diritto penale 4. Sull'influenza culturale del diritto EDU nel dibattito penalistico v. anche più di recente V. MILITELLO, R. CONTI, R. MAGI, V. MANES e F. VIGANÒ, *Cedu e cultura giuridica italiana. Conversando con i penalisti su CEDU e dintorni*, in *Giustizia insieme*, 2021, nonché, più in generale, le prime riflessioni di A. BERNARDI, *L'europizzazione del diritto penale e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, *passim* e spec. 515 ss.

³⁵³ Oltre alla vastissima produzione di note a sentenza su singole questioni, v. almeno G. UBERTIS e F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2022 (con I ed. nel 2016); G. GRASSO e F. GIUFFRIDA, *Gli effetti della giurisprudenza Corte EDU sull'ordinamento italiano: prospettive di diritto penale sostanziale*, in *L'Indice penale*, 1, 2020, 42-108; F. GIUNCHEDI (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra corti*, Pisa, Pisa University Press, 2018 (in cui, peraltro, proprio in termini di "fertilizzazione del milieu" cfr. ID., *Loquacità, moniti, silenzi e ripensamenti nella dialettica tra le Corti*, 15-17); V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012; V. MANES e V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei*

ricostruire i caratteri fondamentali dell'*approccio europeo dei diritti dell'uomo* al problema penale, indipendentemente dalle sue conseguenze interne³⁵⁴, al fine di valutare in che modo e in quale grado esso risponde alle esigenze del processo di storico-politico di costituzionalizzazione del potere punitivo.

Nella prima parte di questa sezione analizzerò dunque più approfonditamente la *nozione sostanziale di materia penale* (basata sui cosiddetti criteri *Engel*), che, come ho già anticipato nell'Introduzione, rappresenta la cifra distintiva dell'approccio EDU. Alla qualificazione di una sanzione come convenzionalmente penale consegue difatti, in linea di principio, l'applicazione di tutte le garanzie penalistiche previste dalla Convenzione, che sintetizzerò solo rapidamente avvalendomi dell'ampia letteratura già esistente sul tema. Nei successivi paragrafi esplorerò invece il ruolo che entro questo modello è riconosciuto al *pluralismo punitivo*. Una critica frequentemente mossa alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo da *Engel* in poi è infatti quella di nullificare la scelta politica nazionale di perseguire determinati *tipi* di illeciti in forme diverse da quella tradizionalmente penale³⁵⁵. La mia analisi intende dunque valutare il fondamento di questa critica, oltre che evidenziare i modi e i limiti in cui la Corte EDU ammette un margine di differenziazione entro una nozione di materia penale tendenzialmente unitaria. Infine, come ho già fatto per i due approcci interni (*tradizionale* e *costituzionalistico*), tratterò una sintesi complessiva dell'*approccio EDU* per determinare il grado di costituzionalizzazione del potere punitivo raggiunto nella prospettiva del diritto europeo dei diritti dell'uomo attraverso il confronto con gli obiettivi minimi di una teoria costituzionale della punizione.

10.1. *Caratteri generali dell'approccio EDU. La nozione sostanziale di materia penale*

Il punto di partenza per ricostruire i caratteri generali del modello EDU è la cosiddetta *nozione convenzionale di materia penale*³⁵⁶, i confini della quale, in base a un orientamento consolidatosi per oltre quarant'anni nella *case-law* di Strasburgo, devono

diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano, Milano, Giuffrè, 2011; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, G. Giappichelli, 2006; fino allo studio pionieristico, di cui è stata mantenuta tendenzialmente l'impostazione, M. CHIAVARIO, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, Giuffrè, 1969.

³⁵⁴ Nell'ambito della letteratura italiana in questa seconda prospettiva v. in parte A. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile: quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, G. Giappichelli, 2008. Si tratterebbe, del resto, di una comune tendenza negli studi europei per S. MALBY, *Criminal Theory and International Human Rights Law*, Galliard, Routledge, 2020, 3.

³⁵⁵ Così, nella letteratura italiana, l'argomento si ripete da 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, 923-924 (che al tempo, in realtà, attribuiva la "nullificazione" della scelta nazionale per l'adozione di tecniche alternative di repressione solo a una possibile lettura distorta della sentenza, poi, in effetti e almeno, affermatasi nella giurisprudenza convenzionale successiva che esaminerò in questa sezione).

³⁵⁶ La ricostruzione analitica più completa della nozione nell'ambito della letteratura italiana si trova in L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 25-110.

essere determinati per tutti gli articoli della Convenzione che a essa fanno riferimento³⁵⁷ ricorrendo a tre criteri:

«commonly known as the “Engel criteria” (see *Engel and Others*, cited above, § 82). The first criterion is the legal classification of the offence under national law, the second is the very nature of the offence, and the third is the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring (see, as a recent example, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* [GC], nos. 55391/13 and 2 others, § 122, 6 November 2018). In respect of the third criterion, the Court has also considered the nature of the penalty (see, for example, *Öztürk v. Germany*, 21 February 1984, § 50, Series A no. 73; *Weber*, cited above, § 34; and *Ravnsborg*, cited above, § 35)»³⁵⁸.

La natura *sostanziale* della nozione convenzionale di materia penale dipende, evidentemente, dalla necessità di considerare – oltre alla qualificazione legale interna – la *very nature of the offence* e il *degree of severity of the penalty*. Peraltro, il terzo criterio (occasionalmente declinato quale *nature of the penalty* per indicare l’incidenza, reale o potenziale, della sanzione sulla libertà personale³⁵⁹) è utilizzato dalla Corte EDU in modo fondamentalmente sussidiario³⁶⁰: è difatti un principio consolidato che «*the relative lack*

³⁵⁷ Superando le perplessità nella giurisprudenza evidenziate da L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 107, oggi la Corte EDU fa espressamente riferimento alla necessità di utilizzare i criteri sviluppati per definire l’ambito di applicazione dell’art.6 CEDU anche per gli artt. 7 (cfr. *Žaja v. Croatia* (2016) §§85 ss.), 4 Prot. 7 (cfr. *Mihalache v. Romania* [GC] (2019) §§54 ss.), 2 Prot. 7 (cfr. *Saqueti Iglesias c. Espagne* (2020) §§22 ss.) in ragione del “*principe de l’interprétation harmonieuse de la Convention*” per cui «*la Cour l’a déjà dit à de nombreuses reprises, la Convention doit se lire comme un tout et s’interpréter de manière à promouvoir sa cohérence interne et l’harmonie entre ses diverses dispositions (A et B c. Norvège, précité, § 133)*» (così espressamente, da ultimo, *Timofeyev et Postupkin c. Russie* (2021) §86); sulla necessità di garantire una *consistent interpretation* delle disposizioni riguardanti la materia penale da ultimo v. anche *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland* [GC] (2020) §112. Nonostante non siano presenti decisioni tale regola dovrebbe valere anche per l’art. 3 del Prot. 7 (sul punto cfr. P. CONCOLINO, *Art. 2 Prot. n. 7. Diritto a un doppio grado di giudizio in materia penale*, in G. UBERTIS e F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2022, 475).

³⁵⁸ Così da ultimo tra le decisioni della Grande Camera EDU *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland* [GC] (2020) §75. Per un inquadramento generale della giurisprudenza convenzionale sul tema v. B. BARKHUYSEN *et. al.*, *Right to a Fair Trial*, in P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN e L. ZWAAK (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2018, 523 ss.

³⁵⁹ Cfr. *Weber v. Switzerland* (1990) §34; *Ravnsborg v. Sweden* (1994) §35; *T. v. Austria* (2000) §67; *Ezeh and Connors v. The United Kingdom* [GC] (2003), §§120 ss. (espressamente in termini di “presunzione del carattere penale delle sanzioni incidenti sulla libertà personale” e articolando un test di *appreciable detrimentality* che riprende l’idea di fondo per cui «*In a society subscribing to the rule of law, there belong to the “criminal” sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental*» espressa già in *Engel and others v. The Netherlands* [P] (1976) §82); *Kakabadze and Others v. Georgia* (2012) §75; *Mikhaylova v. Russia* (2015) §65; *Grosam v. The Czech Republic* (2022) §96; la sola possibilità di conversione della sanzione pecuniaria in sanzione detentiva non è peraltro di per sé sufficiente per l’attivazione delle garanzie penalistiche (v. ad es. *Putz v. Austria* (1996) § 37). Solo in casi rari il giudizio sulla *nature of the penalty* riguarda la finalità perseguita dalla sanzione, generalmente presa in considerazione nell’ambito del secondo criterio (v. ad es. *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania* (2008) §58),

³⁶⁰ Cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 80 ss. La giurisprudenza successiva che ho potuto analizzare, citata nel resto di questa sezione, non ha rimesso in discussione questa conclusione.

of seriousness of the penalty at stake [...] cannot divest an offence of its inherently criminal character»³⁶¹.

In buona sostanza, dunque, la valutazione fondamentale ai fini di determinare il carattere “penale” di una sanzione nella prospettiva EDU è quella riguardante la *very nature of the offence*. Al riguardo, per determinare la *natura sostanziale dell’illecito* la Corte adotta un approccio teleologico distinguendo – secondo le scansioni tradizionali del dibattito teorico sulla sanzione – da un lato, tra misure aventi finalità punitiva e misure aventi finalità preventiva³⁶² e, dall’altro, tra misure aventi finalità punitiva e misure aventi finalità riparatoria³⁶³. Siccome sotto questi profili sanzioni formalmente penali e sanzioni amministrative non si distinguono, esse sono tutte considerate *sostanzialmente* penali ai fini dell’applicazione della Convenzione.

La Corte ha affrontato per la prima volta la questione della *very nature* di una sanzione amministrativa punitiva nel caso *Öztürk* riguardante l’applicabilità dell’art. 6 CEDU al processo connesso all’inflizione di una sanzione amministrativa pecuniaria di 60 marchi tedeschi (corrispondenti a circa 30€ secondo il tasso di cambio fissato dalle istituzioni europee nel 1998) per aver causato un incidente stradale per guida pericolosa. Costitutosi nel giudizio, il Governo tedesco aveva sostenuto la non applicabilità della Convenzione perché l’illecito in questione – in precedenza punito penalmente – era stato interessato dalle depenalizzazioni in materia di circolazione stradale che, come accaduto anche in Italia, la Germania aveva attuato nel corso degli anni Settanta. Nella ricostruzione del Governo, lungi dal trattarsi di una modificazione meramente formale, la depenalizzazione avrebbe difatti evidenziato la differenza *sostanziale* degli illeciti decriminalizzati rispetto al diritto penale sotto due aspetti: 1) l’interesse protetto, identificato nel mero mantenimento dell’ordine pubblico (in particolare mediante la regolazione del traffico) e non nella tutela delle «*very foundations [of society] as well as the rights and interests essential for the life of the community*», di sola spettanza del diritto *sostanzialmente* penale³⁶⁴; 2) l’assenza del giudizio di riprovazione classicamente riferibile alla pena e del conseguente stigma sociale³⁶⁵.

La Corte EDU ha rigettato tuttavia entrambi questi argomenti: quanto al primo, affermando che la finalità di regolazione del traffico non esclude e, anzi, riguarda essa stessa *anche* la tutela dei diritti altrui; e, quanto al secondo, che in nessuna sua parte la Convenzione fa riferimento alla necessità che siano considerate penali solo quelle pene che possono incidere sulla reputazione sociale del soggetto punito. In generale, poi, la

³⁶¹ *Öztürk v. Germany* [P] (1984) §54. Nella giurisprudenza più recente, tra molte, v. nello stesso senso e con riferimenti ai casi precedenti *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland* [GC] (2020) §75 e *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* [GC] (2018) §122.

³⁶² Cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 59 ss.

³⁶³ Cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 66 ss.

³⁶⁴ È interessante notare che la distinzione proposta dal governo tedesco ricalca essenzialmente a quella formulata da Goldschmidt per distinguere il diritto penale dal diritto penale amministrativo, che ho ricostruito *supra* nel par. 6.2. Per altri riferimenti più recenti alla dottrina tedesca v. 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, 914-15 e in part. nota n. 31.

³⁶⁵ Cfr. *Öztürk v. Germany* [P] (1984) §52

Corte ha osservato come nella maggior parte dei sistemi penali degli Stati membri fossero in realtà ancora previsti reati (per lo più contravvenzionali) non posti a tutela delle *very foundations of society* né comportanti un particolare grado di stigma, sicché non sarebbe possibile riconoscere alcun fondamento giuridico alla distinzione *sostanziale* tra *criminal offences* e *regulatory offences* proposta dal Governo tedesco, nemmeno in prospettiva comparata³⁶⁶.

Al contrario, la Corte ha riconosciuto che – nonostante la depenalizzazione – non solo il contenuto dello specifico divieto fosse rimasto il medesimo, ma soprattutto che il *modo di disciplina* non fosse cambiato, essendo quest'ultimo ancora caratterizzato da *regole di comportamento*, applicabili alla *generalità dei consociati*, per la violazione delle quali la legge prevede una *sanzione* con la finalità di *deterrenza generale* e di *punizione del singolo trasgressore*³⁶⁷. Per questa ragione, pur avendo certamente inciso sulla qualificazione formale e sulla natura e gravità della sanzione, la depenalizzazione non aveva cambiato la natura dell'illecito, per la Corte ancora, nella sostanza, penale.

Per queste ragioni, confermate dalla giurisprudenza successiva, all'interno del modello EDU, di conseguenza, non è possibile distinguere tra sanzione formalmente penale e sanzione amministrativa punitiva: esse si configurano come ipotesi positive diverse dello stesso concetto legale.

10.1.1. *Materia penale e materia disciplinare. Rilettura in senso sostanziale del criterio di distinzione relativo all'ambito di applicazione della sanzione alla generalità dei consociati*

Se la presenza di finalità diverse da quelle proprie dell'illecito convenzionalmente penale (deterrenza generale e punizione del singolo trasgressore) comporta la classificazione di una misura come *non penale* (perché preventiva o riparatoria), il requisito dell'applicabilità alla “generalità dei consociati”³⁶⁸ è utilizzato dalla Corte EDU per distinguere la *materia penale* da quella *disciplinare*.

L'approfondimento di questo aspetto della nozione convenzionale di materia penale è importante per almeno tre ragioni: anzitutto perché le misure disciplinari, a differenza di quelle preventive e riparatorie, sono nella prospettiva EDU misure concettualmente limitrofe a quelle penali, condividendo con esse la natura di punizione; in secondo luogo perché il criterio di distinzione tra materia convenzionalmente penale e materia convenzionalmente disciplinare legato alla portata generale della norma è stato criticato, anche nell'ambito della letteratura italiana, come «privo di alcuna consistenza logica»³⁶⁹; in terzo luogo e in una prospettiva più generale perché la sanzione amministrativa

³⁶⁶ Cfr. *Öztürk v. Germany* [P] (1984) §53

³⁶⁷ Cfr. *Öztürk v. Germany* [P] (1984) §53.

³⁶⁸ In *Öztürk v. Germany* [P] (1984) §53 si legge in particolare, al riguardo, che «*It is a rule that is directed, not towards a given group possessing a special status - in the manner, for example, of disciplinary law -, but towards all citizens in their capacity as road-users*».

³⁶⁹ Cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 75. La critica si fonda sul fatto che anche i cc.dd. reati propri non sarebbero applicabili alla generalità dei consociati.

disciplinare è stata tradizionalmente considerata una categoria autonoma anche nell'ambito del dibattito interno che ho sopra ricostruito. Inoltre, mentre nella letteratura giuridica sono spesso esaminati nel dettaglio i casi relativi alle sanzioni amministrative punitive (*regulatory offences*), alle sanzioni disciplinari (*disciplinary offences*) è generalmente dedicata meno attenzione³⁷⁰.

Nell'ormai molto vasta *case-law* EDU la questione della distinzione tra materia penale e materia disciplinare è sorta principalmente in casi relativi a sanzioni comminate in ambito militare³⁷¹, penitenziario³⁷² e professionale³⁷³.

In tutti questi ambiti il punto di partenza della distinzione effettuata dalla Corte EDU sotto il profilo della *very nature of the offence* ha riguardato effettivamente la portata della norma sanzionatoria riferita esclusivamente a una «*specific category of people possessing a particular status*»³⁷⁴. Raramente, tuttavia, l'analisi della Corte si ferma a questa considerazione di carattere puramente formale sicché non mi sembra corretto ricostruire la giurisprudenza come se questo fosse il criterio dirimente. Ciò è confermato, tra l'altro, dal fatto che in un caso relativo alla disciplina penitenziaria la Corte abbia in realtà esplicitamente escluso che il solo fatto che la portata della norma sanzionatoria fosse limitata ad un gruppo di persone accomunate da un medesimo *status* potesse rendere di per sé la natura dell'illecito «*prima face disciplinary*»³⁷⁵.

Da un esame più approfondito della giurisprudenza EDU risulta che la natura disciplinare di un illecito deriva piuttosto da considerazioni di ordine *sostanziale* relative alla riconducibilità della specifica sanzione a un potere riconosciuto a un'autorità pubblica con la finalità di garantire l'adeguato svolgimento delle funzioni alle quali essa è preposta. Infatti, i poteri disciplinari riconosciuti al magistrato nei confronti delle parti processuali sono tali in quanto riconducibili a un «*indispensable power of a court to ensure the proper and orderly functioning of its own proceedings*»³⁷⁶; quelli penitenziari qualificati dal «*limited objective of maintaining order within the confines of the prison*»³⁷⁷; quelli militari ricondotti alle limitazioni «*à certains droits et libertés des*

³⁷⁰ Per riferimenti generali v. F. MAZZACUVA, *Art. 7. Nulla poena sine lege*, in G. UBERTIS e F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2022, 299-319 e, prima, Masera 68-69.

³⁷¹ V. *Veyisoğlu v. Turkey* (2007); *Bell v. The United Kingdom* (2007); *Yildirim c. Turquie* (2000); *Durgun c. Turquie* (2000); *Engel and others v. The Netherlands* [P] (1976).

³⁷² V. *Štitić v. Croatia* (2007); *Young v. The United Kingdom* (2007); *Ezeh and Connors v. The United Kingdom* [GC] (2003); *Campbell and Fell v. The United Kingdom* (1984).

³⁷³ V. *Grosam v. the Czech Republic* (2022); *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland* [GC] (2020); *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* [GC] (2018); *Kamenos v. Cyprus* (2017); *Biagioli v. San Marino* (2016); *Müller-Hartburg v. Austria* (2013); *Durand c. France* (2012); *Oleksandr Volkov v. Ukraine* (2013); *Nikolova and Vandova v. Bulgaria* (2013); *Mouillet c. France* (2007); *Weber v. Switzerland* (1990).

³⁷⁴ Da ultimo in termini generali così *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland* [GC] (2020) §87; per i vari settori *cfr.* rispettivamente *Durgun c. Turquie* (2000) *sub Sur l'applicabilité de l'article 6*, *Ezeh and Connors v. The United Kingdom* [GC] (2003) §103, *Grosam v. the Czech Republic* (2022) §95.

³⁷⁵ *Cfr.* *Ezeh and Connors v. The United Kingdom* [GC] (2003) §103.

³⁷⁶ *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland* [GC] (2020) §80; per la prima volta *Kubli v. Switzerland* (2000)

³⁷⁷ *Campbell and Fell v. The United Kingdom* (1984) §70.

membres des forces armées [...] répondant aux nécessités du service militaire»³⁷⁸. Infine, seppur in termini differenti, mi sembrano sottintendere la stessa logica di inerenza a un *fine istituzionale qualificato* anche le affermazioni relative ai poteri disciplinari degli ordini professionali che sottolineano la loro finalità di «ensur[ing] that members of the Bar complied with the specific rules governing their professional conduct[,] protecting the profession's honour and reputation and at maintaining the trust the public places in the legal profession»³⁷⁹.

Inteso in questo modo sostanziale mi sembra che la critica di *inconsistenza logica* mossa al criterio della portata generale o particolare della norma sanzionatoria appaia tutto sommato infondata³⁸⁰. Anche nel dibattito interno sopra ricostruito, del resto, l'esistenza di una situazione di soggezione speciale e la stretta inerenza del potere sanzionatorio all'interesse pubblico affidato al soggetto istituzionalmente competente all'esercizio del potere di punire sono stati tradizionalmente considerati elementi in grado di differenziare, sul piano sostanziale, alcune sanzioni punitive rispetto alla generalità di esse. Nell'approccio EDU questi elementi rilevano nell'ambito della valutazione del secondo criterio *Engel (very nature of the offence)*.

In linea con l'impostazione generale sopra ricostruita, tuttavia, la possibilità di differenziare sotto questo aspetto la sanzione penale da quella disciplinare non è sufficiente a escluderne il carattere penale ai fini dell'applicazione della Convenzione dovendo essere preso in considerazione anche il terzo criterio (*degree of severity of the penalty*).

Sotto questo aspetto nella giurisprudenza della Corte EDU si distinguono due ordini di considerazioni, tra loro in parte connessi. Il primo di essi riguarda il *tipo* di sanzione: alcune sanzioni (come, ad esempio, la censura, la censura scritta, la sospensione, la radiazione o rimozione dall'ufficio) sono considerate dalla Corte *tipicamente disciplinari*³⁸¹, mentre altre (sanzioni limitative della libertà personale e sanzioni pecuniarie) *tipicamente penali*³⁸². Il secondo ordine di considerazioni riguarda invece più direttamente la *gravità* della sanzione e conduce la Corte a escludere il carattere

³⁷⁸ *Durgun c. Turquie* (2000) sub *Sur l'applicabilité de l'article 6*.

³⁷⁹ Da ultimo *Grosam v. the Czech Republic* (2022) §95.

³⁸⁰ Mi sembra evidente del resto che i reati propri – generalmente richiamati a riprova dell'inconsistenza logica del criterio della necessaria portata generale della norma penale – presentino una struttura diversa, non essendo affatto necessariamente ricostruibili in termini di perseguimento di finalità proprie dell'istituzione di appartenenza (si pensi, ad es., al reato proprio di infanticidio punito dall'art. 578 cod. pen.).

³⁸¹ *Cfr. Grosam v. the Czech Republic* (2022) §96 in cui si legge che «*the applicable sanctions included a reprimand, a written reprimand, a fine of up to a hundredfold of the minimum monthly wage, and removal from office. With the exception of the fine, these sanctions are typical disciplinary*».

³⁸² *Cfr. sempre Grosam v. the Czech Republic* (2022) §96 e, per la libertà personale, *Štitić v. Croatia* (2007) §56 («*The Court recalls that in the Engel and Others judgment (cited above, p. 35, § 82), it stated that deprivation of liberty liable to be imposed as a punishment was, in general, a penalty that belonged to the "criminal" sphere*»).

disciplinare delle sanzioni considerate eccessivamente gravi (tendenzialmente in quanto incidenti, anche solo potenzialmente, sulla libertà personale in maniera apprezzabile)³⁸³.

Nel complesso, pertanto, si può dire che la distinzione tra materia convenzionalmente penale e materia convenzionalmente disciplinare – piuttosto che nel criterio formale generalmente indicato in letteratura – si risolve in realtà in ultima istanza in una valutazione ampiamente discrezionale della Corte EDU sulla necessità in una società democratica dell'attribuzione di un potere punitivo speciale a certe istituzioni per il perseguimento di determinati interessi pubblici³⁸⁴. Tale valutazione si articola in un giudizio di *meritevolezza* di tutela della finalità perseguita (il buon andamento della giustizia, il mantenimento dell'ordine nelle carceri, ecc.) e di *accettabilità* della deroga in termini di gravità delle sanzioni previste.

10.1.2. *La ratio della nozione autonoma e della sua incertezza intrinseca*

La ricostruzione appena effettuata permette a mio avviso di evidenziare un senso più profondo dell'*autonomia* della nozione convenzionale di materia penale rispetto allo scopo, puramente pragmatico, di evitare la cosiddetta “truffa delle etichette” da parte dei legislatori nazionali, a cui in genere si fa riferimento³⁸⁵.

Sin da *Engel and others* la Corte EDU ha difatti giustificato l'autonomia della nozione in questi termini:

«If the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal, or to prosecute the author of a “mixed” offence on the disciplinary rather than on the criminal plane, the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7)

³⁸³ I criteri e gli esiti di questo giudizio sono molto vari. Per le sanzioni incidenti sulla libertà personale la Corte EDU ricorre al c.d. *appreciable detrimentality test* (su cui v. ad es. *Young v. The United Kingdom* (2007) §§37 che afferma il carattere penale di un aumento della pena della reclusione di 3 giorni in un caso in cui il massimo edittale era 42); è stato invece negato il carattere sostanzialmente penale dell'imposizione dell'isolamento di un detenuto per 7 giorni (*Štitić v. Croatia* (2007) §§ 56 ss.); quanto alle sanzioni pecuniarie, non sono state considerate sostanzialmente penali nell'ultima giurisprudenza sanzioni disciplinari di importi anche molto elevati purché non convertibili in sanzioni detentive se non pagate (oltre, ad es., 40 mila euro in *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* [GC] (2018)); quanto infine alle sanzioni tipicamente disciplinari è frequente nella *case-law* la considerazione del carattere non definitivo dell'interdizione di svolgere una determinata professione (v. ad. es. *Müller-Hartburg v. Austria* (2013) §48).

³⁸⁴ Questo risulta in maniera particolarmente evidente nel seguente passaggio di *Campbell and Fell v. The United Kingdom* (1984) §69: «[The Court] is well aware that in the prison context there are practical reasons and reasons of policy for establishing a special disciplinary regime, for example security considerations and the interests of public order, the need to deal with misconduct by inmates as expeditiously as possible, the availability of tailor-made sanctions which may not be at the disposal of the ordinary courts and the desire of the prison authorities to retain ultimate responsibility for discipline within their establishments. However, the guarantee of a fair hearing, which is the aim of Article 6 (art. 6), is one of the fundamental principles of any democratic society, within the meaning of the Convention (see the *Golder judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, p. 18, para. 36*). As the *Golder judgment* shows, justice cannot stop at the prison gate and there is, in appropriate cases, no warrant for depriving inmates of the safeguards of Article 6 (art. 6). It follows that the principles set forth in the *Engel and Others judgment* are also relevant, *mutatis mutandis*, in a custodial setting and that the reasons mentioned above cannot override the necessity of maintaining, there too, a dividing line between the “criminal” and the “disciplinary” that is consistent with the object and purpose of Article 6».

³⁸⁵ Per tutti L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 206.

would be subordinated to their sovereign will. *A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the Convention*»³⁸⁶.

L'analisi che ho condotto della distinzione convenzionale tra materia penale e materia disciplinare mostra, mi sembra, che l'ultima proposizione di questa giustificazione sia in realtà assai più indicativa di quella precedente. A guidare la Corte nella valutazione della natura penale di una determinata sanzione è, in realtà, una certa idea normativa di *società giusta*³⁸⁷, la cui realizzazione dipende anche, nella prospettiva CEDU, dal riconoscimento di alcuni diritti e libertà fondamentali³⁸⁸. Il disaccordo sulla natura convenzionalmente penale di una sanzione, più che da questioni in senso lato formali, dipende dunque dal possibile disaccordo sull'esatto contenuto dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti dalla CEDU che, a sua volta, deriva dal possibile disaccordo sull'idea di società giusta che il loro riconoscimento mira a realizzare.

A conferma di ciò si consideri che anche in riferimento alle sanzioni amministrative punitive – la cui piena equiparabilità alle sanzioni formalmente penali è stata affermata dalla maggioranza della Corte nel caso *Öztürk* – si può trovare traccia di questo tipo di disaccordo. Le opinioni dissenzienti dei giudici Matscher e Bernhardt affermano difatti espressamente che:

«In my view, there are also no grounds of legal policy which might, through a teleological interpretation of the said provision, militate in favour of a different conclusion in the present case. In fact, I do not believe that the general and abstract provision of free interpretation in the case of an administrative offence of minimal importance to the individual, and regardless of his resources, is a right worthy of protection»³⁸⁹.

«And can it really be said that the object and purpose of Article 6 (art. 6) of the Convention require the same guarantees (including the free assistance of an interpreter) for small traffic offences and similar petty offences, guarantees which are absolutely necessary in genuine criminal cases? I do not think so»³⁹⁰.

La minoranza della Corte avrebbe, in altre parole, ammesso una disciplina derogatoria per le *regulatory offences* seguendo una logica (incentrata sul criterio della limitata gravità) non diversa da quella accettata anche dalla maggioranza per le sanzioni disciplinari. Ridotta ai suoi termini essenziali, la valutazione in ordine alla natura penale di una sanzione nell'approccio EDU sembra dunque presentare margini intrinseci di

³⁸⁶ *Engel and others v. The Netherlands* [P] (1976) §81 (corsivo aggiunto).

³⁸⁷ Sul fatto che la dottrina degli *autonomous concept* sia espressione di una *moral reading* della Convenzione cfr. G. LETSAS, *The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR*, in *European Journal of International Law*, 2 (15), 2004, 302.

³⁸⁸ Cfr. letteralmente il preambolo della CEDU in cui si legge: «*reaffirming their profound belief in those fundamental freedoms which are the foundation of justice and peace in the world and are best maintained on the one hand by an effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of the Human Rights upon which they depend*». Sul preambolo e sulla funzione di integrazione politica della CEDU cfr. già N. BOBBIO, *Il preambolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3, 1974, 437 ss.

³⁸⁹ Opinione dissenziente del giudice Matscher §C.1.

³⁹⁰ Opinione dissenziente del giudice Bernhardt §2.

incertezza poiché riguarda, in definitiva, la *tollerabilità* della limitazione di diritti convenzionali a certe condizioni³⁹¹.

La discussione sulla *desiderabilità* di un simile grado di incertezza attiene – per quanto riguarda la CEDU, ma lo stesso potrebbe dirsi *mutatis mutandis* per la Costituzione – al discorso filosofico-politico sui diritti, sulla loro legittimazione e sulla legittimazione delle corti³⁹². La mia analisi non affronta direttamente questo problema, ma si limita invece alla descrizione del modello EDU affermatosi nella giurisprudenza convenzionale. Ciononostante, i suoi risultati potrebbero fornire alcune ragioni per una giustificazione *a posteriori* basata sul grado di costituzionalizzazione del potere punitivo che una nozione di questo tipo permette di raggiungere rispetto agli altri approcci che ho discusso.

10.2. Segue: *Limiti alle scelte di punire e garanzie per la materia penale*

Anche a livello convenzionale i vincoli derivanti per il legislatore penale, inteso nel senso *sostanziale* sopra ricostruito, sono di vario tipo. Li sintetizzo qui solo rapidamente e senza entrare nel merito delle singole questioni al limitato fine di valutare il grado di costituzionalizzazione del potere punitivo a livello convenzionale.

Anzitutto, dalla CEDU derivano *limiti sostanziali alle scelte di punire*, sia in negativo (divieti di punire) sia in positivo (obblighi di punire)³⁹³. Quanto al primo di questi due aspetti, vige in generale il principio per cui «*the Convention leaves the States free to designate as a criminal offence an act or omission not constituting the normal exercise of one of the rights that it protects*»³⁹⁴. Di conseguenza, soltanto gli atti che in qualche modo sono coinvolti nell'esercizio di un diritto tutelato dalla CEDU sono assoggettati allo scrutinio della Corte di Strasburgo, mentre tutti gli altri cadono al di fuori del suo ambito di applicazione *ratione materiae*.

³⁹¹ Ancora sul punto *cf.* da ultimo l'opinione dissenziente dei giudici Sicilianos, Ravarani e Serghides nel caso *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland* [GC] (2020), dove la maggioranza ha escluso sotto il criterio della gravità la natura penale di una sanzione disciplinare pecuniaria di circa 6000 euro (ma priva, in astratto, di massimo edittale). Nell'opinione dissenziente si afferma espressamente che non essendo l'applicazione dei criteri Engel «*an exact science*» «*a different story [could] be told. It is true that such reasoning has its merits and can be followed. However, in the present case, where there is no absolute truth, a totally different story could likewise have been convincingly told. The application of the Engel criteria is not an exact science; much depends on where the emphasis is placed. [...] One should never forget what it means not to fall under the umbrella of Article 6: nothing other than being deprived of the guarantees of fair proceedings. This can be seen in particular, in the field of disciplinary proceedings, but not only there. Huge interests can be at stake, and such proceedings can lead to extremely heavy sanctions. People can lose their jobs, be subject to salary cuts or promotion bans or even to arrest. The prospect of not enjoying the guarantees of fair proceedings (adversarial, before independent and impartial judges, etc.) is not a very attractive one*».

³⁹² A supporto dell'*autonomous concept doctrine* v. ad es. la teoria interpretativa sviluppata in G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

³⁹³ Per una sintesi aggiornata degli obblighi e dei divieti di criminalizzazione v. le tabelle riassuntive in S. MALBY, *Criminal Theory and International Human Rights Law*, Galliard, Routledge, 2020, 208 ss.

³⁹⁴ *Engel and others v. The Netherlands* [P] (1976) §81.

Nei casi in cui la Convenzione è applicabile, poiché vi è un'interferenza in uno dei diritti da essa garantita, la scelta di criminalizzazione è sindacata secondo il consueto schema di verifica 1) dell'*accordance with law* (previsione con legge); 2) del *legitimate aim* (scopo legittimo) e 3) della *necessity in a democratic society* (necessità in una società democratica) dell'interferenza. Così, ad esempio, l'art. 8 CEDU è stato interpretato nel senso di ostare alla criminalizzazione generalizzata di atti omosessuali tra adulti consenzienti per la sproporzione di un divieto generale rispetto ai possibili scopi legittimi di tutela della pubblica morale e dei diritti e delle libertà altrui³⁹⁵; l'art. 9 alla punizione degli atti di proselitismo che non si sostanzino in comportamenti molesti o abusivi perché sproporzionata rispetto allo scopo legittimo di tutela dei diritti e delle libertà altrui³⁹⁶; l'art. 10 nel senso di escludere, tendenzialmente, che sia necessario in una società democratica prevedere fattispecie di reato speciali per perseguire lo scopo legittimo di tutelare la reputazione dei capi di Stato³⁹⁷.

Nel complesso, peraltro, il sindacato in ordine alle scelte di criminalizzazione non risulta particolarmente stringente. Non solo da un punto di vista quantitativo i casi che hanno escluso la legittimità di un'incriminazione in astratto sono molto limitati³⁹⁸, ma anche in prospettiva qualitativa l'ampio elenco di scopi legittimi perseguibili dal legislatore penale³⁹⁹ rende il modello CEDU assai meno limitante che altre teorie della criminalizzazione⁴⁰⁰.

Il principale limite dell'approccio EDU al controllo delle scelte di criminalizzazione, tuttavia, deriva evidentemente dalla concezione dell'ambito di applicazione della Convenzione come limitato ai soli casi in cui la condotta vietata

³⁹⁵ V. *Dudgeon v. The United Kingdom* (1981)

³⁹⁶ V. *Kokkinakis c. Grèce* (1993)

³⁹⁷ V. *Otegi Mondragon v. Spain* (2011)

³⁹⁸ S. MALBY, *Criminal Theory and International Human Rights Law*, Galliard, Routledge, 2020, 208 ss. individua essenzialmente 11 casi in cui divieti di criminalizzazione, in astratto o in concreto, sono stati argomentati dalla Corte EDU. Questi casi riguardano, oltre ad atti simili agli esempi che ho riportato nel testo, l'obiezione di coscienza al servizio militare (*Bayatyan v. Armenia* [GC] (2011)) e il negazionismo del genocidio armeno (*Perinçek v. Switzerland* [GC] (2015)).

³⁹⁹ Così, in relazione agli articoli della CEDU generalmente coinvolti in questioni di sindacato di compatibilità di una incriminazione con il diritto convenzionale, per l'art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare): sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, benessere economico del paese, difesa dell'ordine e prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione dei diritti e delle libertà altrui; per l'art. 9 (Libertà di pensiero, di coscienza e di religione): pubblica sicurezza, protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, protezione dei diritti e della libertà altrui; art.10 (Libertà di espressione): sicurezza nazionale, integrità territoriale, pubblica sicurezza, difesa dell'ordine e prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.

⁴⁰⁰ Cfr. S. MALBY, *Criminal Theory and International Human Rights Law*, Galliard, Routledge, 2020, 3, 166, che confronta, ad es., con la teoria di J. FEINBERG, *The Moral limits of criminal law*, voll. 1-4, New York-Oxford, Oxford University Press, 1984-1988 e quella di T. HÖRNLE, "Rights of Others" in *Criminalisation Theory*, in A.P. SIMESTER e A. DU BOIS-PEDAIN (a cura di), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas Von Hirsch*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2014, 169-187. Ciò è vero, mi sembra, anche in riferimento ai teorici del liberalismo penale italiano che, come sopra riportato, vedevano nella scarsa selettività-informatività del concetto di bene giuridici costituzionale una sua inidoneità a garantire un sufficiente controllo sulle scelte legislative in tema di incriminazione.

interferisce con un diritto convenzionale, mentre l'interferenza della pena in sé considerata nel godimento di tali diritti non è, a mia conoscenza, mai stata considerata sufficiente a fondare l'ammissibilità di un ricorso⁴⁰¹.

Quanto, invece, agli obblighi di punire, essi si fondano su una concezione dei rapporti tra diritto penale e diritti fondamentali differente da quella tradizionale, per cui non soltanto il potere punitivo è limitato dai diritti fondamentali dell'individuo, ma in certi casi sono questi ultimi a imporre allo Stato un dovere di tutela attraverso l'esercizio del potere punitivo⁴⁰². Anche sotto questo aspetto il numero di obbligazioni positive derivanti dalla Convenzione è quantitativamente molto contenuto⁴⁰³ e riguarda casi relativi alla protezione della integrità fisica e della vita⁴⁰⁴, di aspetti essenziali del diritto

⁴⁰¹ Segnalo, anche se tornerò più ampiamente sul punto nelle conclusioni di questa Parte, che questo orientamento della Corte è coerente con e sembra, dunque, sottintendere una concezione della fattispecie incriminatrice come norma composta da una norma di condotta (che individua il comportamento vietato) e norma sanzionatoria (che individua la pena per il trasgressore) su cui v. *funditus* N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale: scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, G. Giappichelli, 2020, 122 e, per i riferimenti al dibattito tedesco, spec. nota n. 2. Come è già stato notato, peraltro, l'idea che il giudizio di bilanciamento debba essere fatto per le due norme che compongono la fattispecie incriminatrice separatamente tende ad avallare, in pratica, qualsiasi scelta legislativa (per i riferimenti v. sempre *ivi*, 124). Si tratta, per fare un esempio, dello stesso schema adottato dalla famosa sentenza sull'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa Corte cost., sent. n. 162 del 2014 (punita con una sanzione amministrativa pecuniaria da 300 mila a 600 mila euro) valutando che la norma di condotta della fattispecie incriminatrice comprimesse irragionevolmente la facoltà di «scelta di [una] coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli [che] costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, [...] riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare». In altre parole, il dovere di giustificare la punizione non deriva dall'incisione della sanzione sui diritti fondamentali della persona punita (in questo caso al rispetto della proprietà), ma unicamente dal fatto che ponendo la norma di condotta «limitazioni di [una] libertà [costituzionalmente tutelata], [esse] devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango». L'alternativa, per chiarezza, sarebbe quella di considerare l'incisione della pena in sé considerata sui diritti convenzionali dell'individuo (ad es., la pena della reclusione incide sull'art. 8 CEDU, la pena pecuniaria sull'art. 1 Prot. 1, ecc.) con la conseguenza di ampliare significativamente l'ambito di applicazione *ratione materiae*.

⁴⁰² Sul tema in generale v. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES e V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, 243 ss. e, già, F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità: obblighi positivi degli stati in materia penale*, Milano, Vita e pensiero, 2003, 23 ss. Nell'ambito del dibattito italiano una parte dei penalisti ritiene tale concezione dei diritti in contrasto con l'aspetto democratico della riserva di legge contenuta nell'art. 25 Cost., su cui v. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012, 124 e, prima, seppur in riferimento agli obblighi di penalizzazione derivanti dal diritto dell'Unione europea, G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione: dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, Giuffrè, 2003, 62.

⁴⁰³ Cfr. sempre S. MALBY, *Criminal Theory and International Human Rights Law*, Galliard, Routledge, 2020, 208 ss. e per una rappresentazione grafica 102.

⁴⁰⁴ Così da *A. v. The United Kingdom* (1998) §22 ss., relativo a un fatto di lesioni causate a un minore da un soggetto esercente nei suoi confronti responsabilità genitoriale, assolto per la presenza di una scriminante riferita alla possibilità di usare mezzi di correzione ragionevoli, fino all'affermazione generale contenuta in *Beganović v. Croatia* (2009) §71 secondo cui «Article 3 requires States to put in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against personal integrity, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions»; sull'obbligo di punire gli omicidi dolosi v. *Osman v. the United Kingdom* (1998) §115; sugli atti di tortura *Cestaro v. Italy* (2005) §225; sull'obbligo di punire più gravemente gli atti lesivi dell'integrità fisica e della

al rispetto della vita privata e familiare (generalmente riferiti alla sfera della libertà sessuale)⁴⁰⁵ nonché connessi alla lotta contro il traffico di esseri umani⁴⁰⁶.

Le singole obbligazioni positive (che coinvolgono, in genere, anche obbligazioni procedurali relative all'obbligo di aprire un'indagine e di condurla in modo effettivo)⁴⁰⁷ sono derivate dalla Corte EDU ricorrendo a test giurisprudenziali come, ad esempio, quello dell'*adequate protection*⁴⁰⁸ e del *significant flaw*⁴⁰⁹. Non diversamente dalle decisioni in materia di qualificazione della natura sostanzialmente penale di una sanzione, anche in questi casi la Corte fa ampio utilizzo del principio di proporzionalità⁴¹⁰ sicché le sue valutazioni si connotano, anche sotto questo frangente, per un certo margine di incertezza.

Al di là dei contenuti delle singole obbligazioni positive, tuttavia, un aspetto generale degno di nota del discorso sostanziale sugli obblighi di punizione nella prospettiva del diritto europeo dei diritti umani è la considerazione complessiva dell'azione statale, in modo tale da comprendere non soltanto la previsione legislativa di quadro normativo adeguato, ma anche la sua applicazione giudiziale. Non soltanto ovviamente la valutazione della Corte di Strasburgo non si limita alla sola verifica dell'astratta previsione di tutela e si estende anche alla loro concreta applicazione, ma, più significativamente, essa impone anche al giudice di interpretare la legislazione statale – nei limiti derivanti dal testo delle disposizioni – in modo tale da realizzare gli obiettivi

vita motivati da ragioni discriminatorie (nel caso particolare relativamente all'orientamento sessuale) v. da ultimo *Stoyanova v. Bulgaria* (2022) e la giurisprudenza lì citata.

⁴⁰⁵ Così da *X and Y v. The Netherlands* (1985), relativo all'assenza nell'ordinamento di un reato che punisse l'induzione a compiere atti sessuali di un soggetto parzialmente incapace di intendere e di volere, fino all'affermazione generale contenuta in *K.U. v. Finland* (2008) §43 per cui: «*While the choice of the means to secure compliance with Article 8 in the sphere of protection against acts of individuals is, in principle, within the State's margin of appreciation, effective deterrence against grave acts, where fundamental values and essential aspects of private life are at stake, requires efficient criminal-law provisions*». Sulle obbligazioni positive di punire derivanti dall'art. 8 v. anche *Söderman v. Sweden* [GC] (2013), riguardante l'obbligo di adottare misure appropriate a prevenire la produzione di materiale pedopornografico mediante riprese segrete di minori anche in ambiente domestico, e, da ultimo, *Volodina v. Russia* (no. 2) riguardante fatti di violenza domestica anche *online*.

⁴⁰⁶ Cfr. *Rantsev v. Cyprus and Russia* (2010) §§283 ss. e, da ultimo, *Zoletic and Others v. Azerbaijan* (2021) §§183 ss.

⁴⁰⁷ Per un'analisi dettagliata di tale aspetto, meno rilevante ai fini di questa ricerca dottorale, rinvio a F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità: obblighi positivi degli stati in materia penale*, Milano, Vita e pensiero, 2003, 75 ss.

⁴⁰⁸ Per l'esatta articolazione di questo test v. *Söderman v. Sweden* [GC] (2013) §§86 ss.

⁴⁰⁹ Cfr. da ultimo *Khadija Ismayilova v. Azerbaijan* (2019) §118 e giurisprudenza precedente lì citata.

⁴¹⁰ Sotto questo profilo cfr. *Kurt v. Austria* [GC] (2021) §158 in cui si legge molto chiaramente che: «*Bearing in mind the difficulties in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, the scope of the positive obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities*».

convenzionali di punizione⁴¹¹. Sotto questo aspetto, pertanto, l'approccio EDU presenta una forte similitudine con l'approccio costituzionalistico⁴¹².

Infine, rispetto alla scelta della pena, l'art. 3 CEDU (Proibizione della tortura) è stato interpretato nel senso di escludere la possibilità per gli Stati di prevedere trattamenti sanzionatori manifestamente sproporzionati⁴¹³ e punizioni tali da negare al condannato ogni speranza di risocializzazione⁴¹⁴.

Per il resto, la qualificazione di una misura come penale comporta l'attivazione delle garanzie processuali previste dall'art. 6 CEDU, del principio del *nullum crimen nulla poena sine lege* (declinato nel principio di irretroattività della legge penale e nei principi di *accessibility* e *foreseeability*⁴¹⁵, nonché interpretato nel senso di imporre la retroattività della legge penale più favorevole⁴¹⁶ e di richiedere un grado minimo di colpevolezza per l'imputazione di una responsabilità penale⁴¹⁷), oltre ai diritti a un doppio grado di giudizio (art. 2 Prot. 7), al risarcimento del danno in caso di errore giudiziario (art. 3 Prot. 7) e a non essere giudicato o punito due volte (art. 4 Prot. 7)⁴¹⁸.

⁴¹¹ Cfr. al riguardo *S.W. v. The United Kingdom* (1995) che esclude l'incompatibilità con la CEDU di un cambio di giurisprudenza che permette la punizione del marito che abbia tentato di commettere una violenza sessuale contro la moglie anche in ragione del fatto che «*the abandonment of the unacceptable idea of a husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with a civilised concept of marriage but also, and above all, with the fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and human freedom*» (§44) (enfasi aggiunta). La giurisprudenza convenzionale successiva ha poi chiarito che esiste un obbligo convenzionale di punizione delle violenze sessuali (v. poi *M.C. v. Bulgaria* (2003) §§ 124 e 148 ss. e sul dovere di interpretare le norme relative alla violenza sessuale in modo da garantire la punizione dei comportamenti coinvolti nell'obbligo convenzionale di punizione §§ 154 ss. e 170 ss.). Si noti che un simile dovere del giudice era stato teorizzato anche nell'ambito della riflessione interna sul c.d. approccio costituzionalistico su cui v. *supra* 7.4.

⁴¹² V. *supra* par. 8.4.

⁴¹³ V. *Vinter and Others v. the United Kingdom* [GC] (2013) §§102 ss. Sul punto *funditus* rinvio a F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022, 90-97.

⁴¹⁴ V. *Marcello Viola c. Italie* (no 2) [GC] (2019) §§108-109 ss. Nell'ampissima letteratura interna (per le conseguenze del principio EDU sull'ergastolo c.d. ostativo) v. V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva «fino alla fine» e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO e P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 10, 2019, 15 ss. nonché gli altri interventi nella raccolta e i riferimenti lì citati.

⁴¹⁵ Sul punto v. *funditus* da ultimo F. MAZZACUVA, *Art. 7. Nulla poena sine lege*, in G. UBERTIS e F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2022, 299 ss.

⁴¹⁶ Cfr. *Scoppola v. Italy* (no. 2) [GC] (2009) §103-109. Peraltro, anche a livello convenzionale la retroattività *in mitius* non è assoluta ma esistono casi in cui è giustificabile non applicare retroattivamente la disciplina più favorevole (v. ad es. da ult. *Mørck Jensen v. Denmark* (2022) §52).

⁴¹⁷ Sull'interpretazione delle parole "*found guilty*" nell'art. 7 CEDU cfr. *Sud Fondi srl et autres c. Italie* (2009) §116 e, poi, *G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy* [GC] (2018) §§241-242 e 246.

⁴¹⁸ Per la sintesi delle garanzie, che ho aggiornato in base alla evoluzione della *case-law*, cfr. anche V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES e V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, 76 e spec. nota n. 7.

10.2.1. *Valutazione del grado e del modo di costituzionalizzazione del potere punitivo a livello convenzionale*

In conclusione, pertanto, risulta che il modello EDU è idoneo a fondare quasi tutti i principi postulati da una teoria costituzionale della punizione. Nei limiti derivanti dal limitato ambito di applicazione della Convenzione e dalla *deference*, connessa al carattere sussidiario della Convenzione⁴¹⁹, sono difatti garantiti i principi di politicità, funzionalizzazione, giustificazione e proporzionalità della pena rispetto al fine e – nel limite della c.d. *gross disproportionality* – anche rispetto alla gravità del fatto. L'art. 7 CEDU fonda il principio di separazione tra chi prevede la punizione e chi la applica⁴²⁰, il principio di irretroattività della legge penale e quello di tassatività-determinatezza⁴²¹. La nozione *sostanziale* di materia penale, inoltre, permette di raggiungere lo stesso grado di costituzionalizzazione anche per le sanzioni punitive *formalmente* amministrative e per le sanzioni disciplinari caratterizzate da una speciale gravità.

Nel complesso, pertanto, il modello EDU garantisce un grado di costituzionalizzazione del potere punitivo maggiore di entrambi gli approcci interni (*tradizionale e costituzionalistico*).

Nonostante l'art. 14 CEDU contenga un divieto di discriminazione sulla base della proprietà che potrebbe, potenzialmente, fondare il principio di eguale afflittività della pena (o di proporzionalità alle condizioni materiali del condannato), non risultano casi in cui questo aspetto sia stato valorizzato. Al contrario, le valutazioni della gravità delle sanzioni ai fini dell'applicazione dei criteri *Engel*, come risulta anche da una delle opinioni dissenzienti che ho riportato sopra, sono in genere fatte a prescindere dalle condizioni economiche del ricorrente, e ciò indica una tendenza, quantomeno, a tralasciare tale profilo. Sotto questo aspetto, pertanto, l'*approccio costituzionalistico* interno fornisce un supporto più avanzato per il processo di costituzionalizzazione.

11. *Il pluralismo punitivo interno alla materia penale*

Nonostante il modello EDU presenti, come ho descritto finora, un'impostazione generale basata su una nozione convenzionale di materia penale totalmente indipendente dalla disciplina prevista dal legislatore nazionale (sia quanto a qualificazione sia quanto a procedimento), la *differenziazione tra tipi punitivi* esistente nella maggior parte degli

⁴¹⁹ Sul tema della *deference* connessa alla natura di rimedio sussidiario della giurisdizione convenzionale e suoi modi in cui essa si declina (tra cui la nota dottrina del *margin of appreciation*) v. in generale K. LEMMENS, *General Survey of the Convention*, in P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN e L. ZWAAK (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2018, 23 ss. Per alcuni riferimenti nella *case-law* v. *Tchokhonelidze v. Georgia* (2018) §47, *A. and Others v. United Kingdom* [GC] (2009) §174 e *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* [GC] (2007) §61.

⁴²⁰ Si noti che il requisito della *foreseeability* della condanna permette di rispettare questo principio anche nell'ambito di ordinamenti di *common law* (sul tema v. da ultimo *Norman v. the United Kingdom* (2021) §§62 ss. relativo a cc.dd. *common law offences*).

⁴²¹ Cfr., ad es., *Liivik v. Estonia* (2009) §101.

Stati membri e, in particolare, in Italia non è completamente sconosciuta dalla Corte di Strasburgo.

Questo è coerente con l'idea espressa sin dal caso *Öztürk* per cui il diritto convenzionale *non osta* alla creazione da parte degli Stati di *sistemi punitivi differenziati*⁴²². Al contrario, proprio in riferimento alle politiche di depenalizzazione (intesa come passaggio dalla sanzione formalmente penale a quella amministrativa), la Corte EDU ha espressamente affermato di riconoscere il valore della creazione di un sistema alternativo di punizione sia nella prospettiva individualistica di tendenziale diminuzione delle pene per illeciti di minore importanza sia rispetto alle finalità pubbliche di garantire una maggiore economicità ed efficienza nel loro perseguimento nonché un miglior andamento degli uffici giudiziari⁴²³. L'interpretazione delle garanzie convenzionali in modo tale da non imporre un'uniformità di disciplina sostanziale e procedimentale – come, del resto, avvenuto sin dal principio riconoscendo la compatibilità di principio con l'art. 6 CEDU della condanna in sede amministrativa a condizione della possibilità di accedere successivamente a un giudice che rispetti pienamente le garanzie convenzionali⁴²⁴ – appare, in questa prospettiva, un segno dell'effettiva considerazione dell'interesse statale da parte della Corte EDU.

È dunque opportuno analizzare gli ambiti in cui tale differenziazione ha assunto un rilievo nel corso dell'ultima evoluzione della *case-law* in materia penale al fine di completare la descrizione dell'approccio convenzionale al problema penale. Questi ambiti sono la graduabilità delle garanzie processuali e l'interpretazione del diritto *al ne bis in idem*.

11.1. *La graduabilità delle garanzie processuali per gli "illeciti minori"*

Il primo fine per cui la Corte EDU ha dato rilievo all'esistenza di diversi *tipi* di punizione è la possibilità di graduare alcune garanzie processuali.

La prima apertura al riguardo risale al famoso caso *Jussila* riguardante un procedimento sanzionatorio amministrativo in materia tributaria in cui al ricorrente era stata negata l'udienza pubblica garantita, in linea di principio, dall'art. 6 CEDU a tutte le persone contro cui è mossa un'accusa convenzionalmente penale. La Corte di Strasburgo ha escluso la violazione della Convenzione in base al seguente ragionamento: *i)* anzitutto ha riconosciuto che, sul piano sostanziale, «*there are clearly "criminal charges" of differing weight*» dato che alcune di esse non comportano «*any significant degree of stigma*»; *ii)* ha quindi affermato che di tale differenza è opportuno tenere conto specialmente in considerazione del «*gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law*» che è conseguito

⁴²² V. *Öztürk v. Germany* [P] (1984) §49.

⁴²³ Cfr. *Öztürk v. Germany* [P] (1984) §49.

⁴²⁴ Cfr. *Öztürk v. Germany* [P] (1984) §56, che ha chiarito appunto come «*conferring the prosecution and punishment of minor offences on administrative authorities is not inconsistent with the Convention provided that the person concerned is enabled to take any decision thus made against him before a tribunal that does offer the guarantees of Article 6 (art. 6)*».

all'affermazione e applicazione dei criteri *Engel*; iii) in particolare ha ritenuto che «*tax surcharges differ from the hard core of criminal law*» e iv) di conseguenza che «*the criminal-head guarantees [of art. 6] will not necessarily apply with their full stringency*»⁴²⁵. Così, nel caso di specie, la Corte ha potuto considerare sufficiente al fine del rispetto delle garanzie convenzionali l'astratta possibilità riconosciuta dalla legge di domandare un'udienza pubblica, sebbene la sua effettiva celebrazione resti rimessa alla valutazione discrezionale del tribunale nazionale da condurre in ragione delle esigenze istruttorie del caso concreto⁴²⁶. La decisione del tribunale nazionale di non concedere l'udienza, in particolare, non era parsa in quel caso eccedere tale margine di apprezzamento in considerazione sia dell'ammontare relativamente basso della sanzione in questione (circa 300 euro) sia dell'ampia possibilità di svolgere difese scritte⁴²⁷, giudicate peraltro adeguate allo specifico tipo di contenzioso di natura prettamente documentale⁴²⁸.

La regola della graduabilità stabilita in *Jussila* è stata applicata successivamente in un solo caso riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria del valore di circa 700 euro in materia di regolazione delle attività produttive⁴²⁹. In questo caso la Corte ha concluso che nonostante in linea di principio l'art. 6 CEDU garantisca i diritti di partecipare personalmente al proprio processo penale e di ricevere la notifica di fissazione dell'udienza di discussione dell'accusa in tempo utile per preparare le proprie difese, la celebrazione di un'udienza in assenza dell'accusato non raggiunto da alcuna notificazione non si ponesse in contrasto con la Convenzione dato che 1) il ricorrente era stato messo al corrente dell'avvio del procedimento; 2) le autorità pubbliche avevano tentato di notificare l'avviso alla residenza legale del ricorrente; 3) i calendari d'udienza erano pubblici e quindi consultabili anche dal ricorrente⁴³⁰. Queste considerazioni sono state giudicate dalla Corte sufficienti a escludere che i diritti del ricorrente fossero stati violati poiché di essi poteva darsi una interpretazione meno stringente, tenuto conto del *tipo* di sanzione in questione, classificata come amministrativa nell'ordinamento interno⁴³¹.

In altri due casi, pur richiamando la regola *Jussila* e dunque ammettendo la possibilità astratta di graduazione delle garanzie processuali, la Corte ha accertato violazioni dell'art. 6 CEDU. Entrambi i casi riguardavano l'impossibilità per l'accusato di controesame il testimone decisivo ai fini della condanna⁴³². Nel primo caso, sempre relativo a un procedimento sanzionatorio in materia tributaria per la comminazione di una sanzione pecuniaria di oltre 30 mila euro⁴³³, la Corte motiva la propria decisione sul fatto che il diniego di controesame gli autori delle dichiarazioni sulla base delle quali si era

⁴²⁵ *Jussila* [GC] (2006) §43.

⁴²⁶ *Cfr. Jussila* [GC] (2006) §48.

⁴²⁷ *Cfr. Jussila* [GC] (2006) §48

⁴²⁸ *Cfr. Jussila* [GC] (2006) §§46-47

⁴²⁹ *V. Vyacheslav Korchagin v. Russia* (2018).

⁴³⁰ *Cfr. Vyacheslav Korchagin v. Russia* (2018) §§76 ss.

⁴³¹ *Cfr. Vyacheslav Korchagin v. Russia* (2018) §79.

⁴³² *V. i casi Chap Ltd v. Armenia* (2017) e *Butkevich v. Russia* (2018).

⁴³³ *Cfr. Chap Ltd v. Armenia* (2017) §23.

basata la condanna non era stato “compensato” in alcun modo dal tribunale nazionale (ad esempio ordinando, come richiesto dall’accusato, l’esibizione di documenti che avrebbero potuto mettere in discussione la credibilità dei dichiaranti)⁴³⁴. Anche nel secondo caso, relativo all’impossibilità di controinterrogare il pubblico ufficiale che aveva redatto il verbale sulla base del quale un giornalista era stato condannato a due giorni di detenzione amministrativa per aver disobbedito all’ordine legittimo di un’autorità pubblica in occasione di una manifestazione pubblica non autorizzata, la Corte ha accertato una violazione dell’art. 6 CEDU per l’assenza di qualsiasi genere di controllo alternativo sulla veridicità del verbale⁴³⁵.

Nel complesso, pertanto, queste decisioni sembrano confermare che l’applicazione meno stringente delle garanzie processuali per i casi di diritto penale “minore” si risolve in una valutazione sulla ragionevolezza della compressione dei diritti dell’imputato discendente dalla decisione di perseguire questo tipo di illeciti di minore importanza in modo più efficiente ed economico⁴³⁶, compressione che non può comunque raggiungere un livello tale da annullare, nel suo contenuto essenziale, la garanzia del giusto processo.

Nonostante la Corte non abbia ancora sviluppato un test per stabilire l’appartenenza di un illecito al nucleo duro del diritto penale⁴³⁷, i casi esaminati mostrano che la qualificazione formale come sanzione amministrativa giochi un ruolo di rilievo rispetto a tale valutazione. Peraltro, coerentemente con la giurisprudenza EDU che ho sopra ricostruito rispetto alla *ratio* della nozione autonoma di materia penale, anche in riferimento alla distinzione con la materia disciplinare, è ragionevole prevedere che la Corte escluderebbe la possibilità di graduare le garanzie in caso di sanzioni che – indipendentemente dalla loro qualificazione formale – consistano in limitazioni della libertà personale significative secondo lo standard dell’*appreciable detrimentality*⁴³⁸ o, comunque, sanzioni limitative di altri diritti ma di gravità analoga.

Questa conclusione sembra confermata dalla *case-law* consolidatasi sul diritto a un secondo grado di giudizio in materia penale, che l’art. 2 Prot. 7 permette espressamente agli Stati di derogare per le «*offences of a minor character*» (nel testo francese «*infraction mineure*»). Ai fini di determinare il carattere minore dell’illecito la Corte considera difatti un indice particolarmente significativo, oltre alla qualificazione formale, il fatto che la sanzione non possa concretamente incidere sulla libertà personale⁴³⁹. Essa ha inoltre già ritenuto la deroga non applicabile al caso di una sanzione amministrativa di speciale gravità in quanto corrispondente all’intero patrimonio del soggetto punito⁴⁴⁰, che, nel caso di specie, le autorità amministrative avevano commisurato senza valutare la

⁴³⁴ Cfr. *Chap Ltd v. Armenia* (2017) §51.

⁴³⁵ Cfr. *Butkevich v. Russia* (2018) §§94 ss.

⁴³⁶ Cfr. *Jussila* [GC] (2006) §42.

⁴³⁷ Sull’incertezza della nozione e del criterio del grado di stigma connesso alla sanzione v. già l’opinione parzialmente dissenziente dei giudici Loucaides, Zupančič e Spielmann in *Jussila* [GC] (2006) §43.

⁴³⁸ V. *supra* par. 10.1.1 e in part. nota n. 383.

⁴³⁹ Cfr. *Kindlhofer v. Austria* (2021) §§ 36 ss. e giurisprudenza precedente lì citata.

⁴⁴⁰ V. *Saqueti Iglesias c. Espagne* (2020) §41.

proporzionalità rispetto alla gravità dell'offesa e alle condizioni personali della persona punita⁴⁴¹.

11.2. Segue: *L'interpretazione del diritto al ne bis in idem sostanziale*

Un secondo ambito in cui, muovendo dal principio affermato in *Jussila*, la Corte EDU ha dato rilievo alla scelta del legislatore nazionale di differenziare la risposta punitiva è l'interpretazione dell'art. 4 Prot. 7 (Diritto a non essere giudicato o punito due volte).

In *A and B v. Norway*, riordinando la propria giurisprudenza precedente⁴⁴², la Corte ha difatti riconosciuto espressamente che:

«Whilst a particular duty of care to protect the specific interests of the individual sought to be safeguarded by Article 4 of Protocol No. 7 is incumbent on the Contracting States, there is also, as already indicated in paragraphs 106 above, a need to leave the national authorities a choice as to the means used to that end. [...] In the view of the Court, States should be able legitimately to choose complementary legal responses to socially offensive conduct (such as non-compliance with road-traffic regulations or non-payment/evasion of taxes) through different procedures forming a coherent whole so as to address different aspects of the social problem involved, provided that the accumulated legal responses do not represent an excessive burden for the individual concerned»⁴⁴³

Sulla base di queste premesse, la Corte esclude che possano considerarsi doppie punizioni incompatibili con la Convenzione quelle derivanti dall'esistenza, a livello di legislazione nazionale, di un "sistema punitivo integrato" astrattamente disegnato e concretamente applicato in modo tale da reprimere «*different aspects of the [same] wrongdoing [...] in a foreseeable and proportionate manner forming a coherent whole, so that the individual concerned is not thereby subjected to injustice*»⁴⁴⁴.

Nell'ambito dei criteri individuati per valutare l'*ingiustizia* della doppia punizione⁴⁴⁵ rientra anche, in particolare, la differente natura *sostanziale* delle sanzioni previste per lo stesso fatto nel senso che tanto maggiore è l'attinenza della sanzione *formalmente* amministrativa al nucleo duro del diritto penale (per gravità, capacità stigmatizzante, ecc.), tanto è maggiore la probabilità che la sua imposizione risulti un «*unproportionate burden*» incompatibile con la Convenzione⁴⁴⁶.

Questo approccio ripropone pertanto – seppur all'interno di un test di ragionevolezza piuttosto articolato della decisione dello Stato membro di prevedere un doppio binario sanzionatorio – lo stesso tipo di valutazione di proporzionalità che la Corte

⁴⁴¹ Cfr. *Saqueti Iglesias c. Espagne* (2020) §44.

⁴⁴² Sugli orientamenti precedenti v. *funditus* E.M. MANCUSO e F. VIGANÒ, *Art. 4 Prot. n. 7. Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, in G. UBERTIS e F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2022, 491 ss.

⁴⁴³ *A and B v. Norway* [GC] (2016) §117 e §121.

⁴⁴⁴ *A and B v. Norway* [GC] (2016) §122 (corsivo aggiunto).

⁴⁴⁵ Cfr. *A and B v. Norway* [GC] (2016) §§131 e ss. in cui sono elaborati i seguenti criteri: connessione sostanziale e temporale tra procedimenti sufficientemente stretta, differenziazione degli scopi perseguiti, prevedibilità della doppia punizione, esistenza di meccanismi di coordinamento per le attività istruttorie, presenza di meccanismi per garantire la proporzionalità della punizione complessiva.

⁴⁴⁶ Cfr. *A and B v. Norway* [GC] (2016) §133.

si riserva di effettuare per distinguere sanzioni penali e sanzioni disciplinari (escludendo per le seconde l'applicazione delle garanzie penalistiche), nonché – entro la materia convenzionalmente penale – per ammettere la graduabilità della garanzie processuali previste dagli artt. 6 e 2 Prot. 7.

Nonostante, a quanto mi risulta, non siano presenti casi in cui la sproporzione del carico punitivo complessivo sia stata accertata a causa dell'appartenenza di entrambe le sanzioni al nucleo duro del diritto penale⁴⁴⁷, è dunque ragionevole supporre che tale conclusione sarebbe raggiunta qualora – indipendentemente dalla qualificazione come *formalmente* amministrativa – la seconda sanzione assumesse nel caso di specie connotati di significativa gravità secondo lo standard sopra ricostruito.

11.3. *Incidenza del riconoscimento del pluralismo punitivo sul grado di costituzionalizzazione del potere di punire a livello convenzionale*

Benché le decisioni di ammettere la graduazione delle garanzie, tanto in relazione all'art. 6 quanto in relazione all'art. 4 Prot. 7, siano state aspramente criticate nelle opinioni dissenzienti dei principali *leading case* per il loro orientamento antigarantistico⁴⁴⁸, esse non incidono sulla valutazione che ho effettuato sopra in ordine

⁴⁴⁷ Nella giurisprudenza successiva relativa a doppi procedimenti sanzionatori penali e amministrativi l'accertamento della violazione (al di là del profilo della connessione temporale) è sempre disceso dalla mancata previsione di meccanismi di coordinamento di attività istruttoria e quantificazione della seconda sanzione che tenessero conto della prima (v. *Goulandris and Vardinogianni v. Greece* (2022) §§76 ss.; *Milošević v. Croatia* (2021) §§38 ss.; *Bragi Guðmundur Kristjánsson v. Iceland* (2021) §§62 ss.; *Tsonyo Tsonev c. Bulgarie* (no 4) (2021) §51; *Velkov c. Bulgarie* (2020) §§78-79), mentre non si registrano casi in cui entrambe le sanzioni sono state considerate appartenere all'*hardcore criminal law* (sull'assenza di casi, anche prima del 2020, cfr. già l'analisi di E.M. MANCUSO e F. VIGANÒ, *Art. 4 Prot. n. 7. Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, in G. UBERTIS e F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2022, 494-495 ss.). Peraltro, tra i casi che ho potuto esaminare, solo in *Bragi Guðmundur Kristjánsson v. Iceland* (2021) si esclude espressamente che il procedimento amministrativo sanzionatorio in materia tributaria non può dirsi appartenere al nucleo duro del diritto penale argomentando in questo modo «*Additionally, under this element, regard may be had to whether the sanction imposed in the proceedings not formally classified as “criminal” was specific to the conduct in question and the extent to which those proceedings bore the hallmarks of ordinary criminal proceedings (see paragraph 56 above). In this respect, the Court notes that the tax surcharge imposed on the applicant in the tax proceedings was specific to the conduct concerned (that is to say filing incorrect tax returns) and was directly linked to the incorrectly filed tax base (see paragraph 34 above). Proceedings before the Directorate of Internal Revenue resulting in the imposition of such a surcharge are not classified as “criminal” under domestic law and are free of many of the hallmarks of ordinary criminal proceedings, such as public hearings and the person involved acquiring a criminal record. Thus, these proceedings are to a significant extent free of the stigmatising factors typically associated with proceedings belonging to “the hard core of criminal law”. The combined proceedings in the present case were correspondingly less likely to have placed a disproportionate burden on the applicant (see A and B v. Norway, cited above, § 134)*» (§67).

⁴⁴⁸ V. in part. le opinioni dissenzienti dei giudici Loucaides, Zupančič e Spielmann nel caso *Jussila* [GC] (2006), in cui si critica l'inconsistenza della distinzione tra *hard core criminal law* e altri illeciti convenzionalmente penali, la cui accettazione condurrebbe in definitiva a «*abuse and arbitrariness*», e quella del giudice Pinto de Albuquerque in *A and B v. Norway* [GC] (2016) in cui afferma che la decisione di maggioranza di ammettere la possibilità di instaurare doppi procedimenti sanzionatori, penali e amministrativi, purché sufficientemente connessi nella sostanza e nel tempo, rende il diritto fondamentale al *ne bis in idem* un diritto «*fluid, narrowly construed, in one word illusory*».

al grado di rispondenza della disciplina convenzionale del potere punitivo agli obiettivi storici di una teoria costituzionale della punizione.

Ciò dipende dal fatto che il riconoscimento di uno statuto parzialmente differenziato ha per il momento riguardato esclusivamente garanzie di tipo procedimentale e, in ogni caso, è stato ammesso nei limiti derivanti dalla necessità di rispettare sia il contenuto essenziale dell'art. 6 CEDU (in cui è compreso il diritto di accedere a un soggetto separato rispetto a quello che ha stabilito la sanzione per la sua revisione) sia il divieto di comminare sanzioni complessivamente sproporzionate per il medesimo fatto.

Entro questi limiti, in una prospettiva costituzionalistica, il riconoscimento di un margine di differenziabilità della disciplina punitiva appare al contrario un elemento necessario o, quanto meno, auspicabile nell'ottica di evitare indebite compressioni del *principio di politicità* della scelta dei mezzi punitivi più adeguati.

12. *Valutazione complessiva dell'approccio EDU nella prospettiva della costituzionalizzazione del potere punitivo. Suo confronto con gli approcci interni*

L'analisi complessiva dell'*approccio EDU* alla questione penale – in disparte dai limiti derivanti dal limitato ambito di applicazione *ratione materiae* della Convenzione – dimostra che un tipo di argomentazione *rights-based*, incentrato su una nozione *sostanziale* di materia penale, permette di raggiungere un grado di costituzionalizzazione tendenzialmente più elevato⁴⁴⁹ tanto dell'*approccio tradizionale* (soprattutto in senso intensivo) quanto dell'*approccio costituzionalistico* (soprattutto in senso estensivo). Questo dipende soprattutto dal più limitato rilievo che in una prospettiva soggettivistica, come quella EDU, è riservato alla scelta qualificatoria del legislatore, rimanendo il discorso più concentrato sulle conseguenze della sanzione sull'individuo (in una logica simile a quella dell'*approccio interno funzionalistico*).

Al tempo stesso, l'esistenza di vari margini di considerazione per le scelte di differenziazione dei sistemi punitivi statali, ispirate da esigenze pubbliche, mostra che una concezione unitaria di materia penale (che comprenda, in particolare, tutte le sanzioni penali e amministrative punitive) non impone affatto l'adozione di un'unica forma di esercizio del potere punitivo né, in particolare, la totale uniformità della disciplina sanzionatoria penale e amministrativa. Ferme restando le garanzie sostanziali connesse alla previsione legislativa, alla sua qualità, alla limitazione degli scopi legittimi perseguibili mediante la punizione e alla proporzionalità della pena, gli Stati sono liberi di differenziare la risposta punitiva per adattarla agli interessi pubblici da perseguire.

Dall'altro lato, l'analisi che ho condotto mostra anche che l'*approccio EDU* si caratterizza sotto entrambi questi profili per l'esistenza di un assai più ampio margine di incertezza rispetto a tutti gli approcci interni. Non mi riferisco solo al fatto che, come la stessa Corte EDU riconosce, l'applicazione dei criteri *Engel* non sia una “scienza

⁴⁴⁹ L'approccio costituzionalistico fornisce tuttavia un supporto più elevato per il principio di *eguale afflittività* della sanzione. Sul punto v. *funditus supra* par. 10.2.1.

esatta”⁴⁵⁰, ma anche e soprattutto alle scelte di fondo che hanno determinato l’approccio consolidatosi che ho qui ricostruito. In *Öztürk* la maggioranza della Corte ha ritenuto che l’interesse perseguito dallo Stato attraverso la depenalizzazione non potesse giustificare la sottrazione degli illeciti depenalizzati alle garanzie convenzionali nonostante la loro gravità potenzialmente irrisoria; in riferimento alle sanzioni disciplinari militari, penitenziarie e professionali, invece, ha ritenuto che l’interesse al buon funzionamento di istituzioni svolgenti funzioni qualificate potesse giustificare la non applicazione delle garanzie penalistiche, ma a condizione che tali sanzioni mantengano un grado di afflittività ridotto; in *Jussila e A. e B v. Norway* ha infine riconosciuto che gli stessi interessi che non avrebbero giustificato l’intera sottrazione delle sanzioni formalmente non penali alle garanzie convenzionali giustificassero però una applicazione non stringente delle garanzie processuali, ma a condizione che lo Stato ne rispetti comunque il contenuto essenziale. In tutti questi casi, però, una diversa maggioranza avrebbe potuto raggiungere una conclusione differente, come dimostra il fatto che nessuna di queste decisioni fondamentali è stata presa all’unanimità.

Nel complesso, insomma, la Corte EDU adotta un modello interpretativo della Convenzione diverso tanto dall’*approccio* interno *tradizionale* (che si richiama al modello interpretativo della *Costituzione come limite*) quanto *costituzionalistico* (*Costituzione come fondamento*). Esso sembra piuttosto riconducibile a quello cosiddetto della *Costituzione come assiologia*⁴⁵¹. Come emerge dall’analisi che ho condotto, infatti, le scelte che più qualificano l’*approccio convenzionale* possono tendenzialmente essere ridotte a valutazioni casistiche o sostanzialmente equitative⁴⁵² ispirate, in particolare, all’idea di *società giusta* che la protezione dei diritti convenzionali dovrebbe contribuire a realizzare⁴⁵³.

⁴⁵⁰ Cfr. *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland* [GC] (2020), opinione dissidente dei giudici Sicilianos, Ravarani e Serghides §7.

⁴⁵¹ Utilizzo qui le tre categorie descritte in G. PINO, *Costituzione come limite, Costituzione come fondamento, Costituzione come assiologia*, in *Diritto e società*, 1, 2017, 91 ss. Il modello della Costituzione come assiologia si caratterizza, sintetizzando, per le seguenti idee: che alcuni valori, in quanto ragioni d’essere delle regole e dei principi costituzionali, rappresentino il livello più fondamentale e più autentico della costituzione; che la loro identificazione spetta in genere all’interprete; che tale trama valoriale comune conferisca ai diritti e principi costituzionali un’intrinseca armonia; che in ragione dell’astrattezza di questi valori il loro invero nel caso concreto discenda da valutazioni casistiche ispirate al canone della ragionevolezza; che la condivisione di certi valori da parte di diversi ordinamenti costituzionali permette la circolazione di argomenti e prassi interpretative (cfr. *ivi* 106 ss.).

⁴⁵² Questo aspetto è identificato come conseguenza qualificante (ancorché di dubbia desiderabilità) dell’assunzione da parte dell’interprete del modello della *Costituzione come assiologia* da G. PINO, *Costituzione come limite, Costituzione come fondamento, Costituzione come assiologia*, in *Diritto e società*, 1, 2017, 115. Alla stessa conclusione in riferimento alla Convenzione penale, seppur focalizzata su altri aspetti, giungeva già anche E. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile: quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, G. Giappichelli, 2008, 489 in cui si dà conto che «la grammatica convenzionale [...] non ha regole fisse, soffre di continue eccezioni [...] [procede] essenzialmente per *bilanciamento dei fatti* [...] [con] un approccio quasi esclusivamente casistico [...] il discorso convenzionale abbandona, e ciò anche nel campo penale, il mito della chiarificazione e della sistematizzazione».

⁴⁵³ Per un’analisi dei caratteri propri di questo tipo di impostazione interpretativa (in genere individuata come «interpretazione per valori») e una sua critica v. nella letteratura italiana, per tutti, già A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2001, 52 ss. nonché, spec., la bibliografia riportata in nota n. 70.

Se questa conclusione può essere condivisa ne consegue che, sul piano metodologico, è opportuno che i giuristi interessati allo studio del diritto convenzionale (penale) spostino la loro attenzione dall'indagine casistica al quadro più generale in cui essa si colloca, riguardante i valori che la Corte EDU mira concretamente a realizzare o dovrebbe mirare a realizzare attraverso le sue decisioni. Sotto questo aspetto, in genere poco esplorato dalla dottrina penalistica, un confronto tra l'approccio europeo dei diritti dell'uomo al problema penale e gli obiettivi politici minimi che dovrebbero caratterizzare una teoria costituzionale della punizione offre, a mio avviso, un solido supporto argomentativo per difendere le decisioni di maggioranza che hanno definito l'impostazione generale della Corte EDU.

Difatti, se è vero che in una prospettiva costituzionalistica una *totale differenziazione* nello statuto costituzionale della pena è giustificabile solo in base a una *ragione di tipo istituzionale*, appaiono coerenti con tale direttiva e, dunque, apprezzabili sia l'inclusione nell'ambito di applicazione delle garanzie penalistiche delle sanzioni amministrative caratterizzate dallo stesso modello di disciplina rispetto a quelle formalmente penali (previsione legale/applicazione da parte di soggetto indipendente) sia l'esclusione delle sanzioni disciplinari (distinte per la loro inerenza a specifiche e qualificate realtà istituzionali).

Quanto alla *graduazione delle garanzie processuali* nel caso degli illeciti e delle sanzioni di *minore gravità*, di tale possibilità si trova traccia fin dalla prima età della riflessione costituzionalistica. Essa non appare dunque idonea di per sé a compromettere i valori di fondo a cui la costituzionalizzazione del potere punitivo dovrebbe tendere. Più nello specifico, poi, i limiti entro cui la graduazione è stata finora ammessa dalla Corte di Strasburgo non conducono alla frustrazione di alcun obiettivo minimo di costituzionalizzazione, essendo comunque sempre garantiti sia la possibilità di accedere a un giudice dotato di *full jurisdiction* sia il diritto di non subire una punizione per il medesimo fatto sproporzionata complessivamente considerata.

SEZIONE IV OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO DELLA SEZIONE. 13. La tendenza contemporanea alla convergenza dei modelli interno ed EDU quale fattore di costituzionalizzazione. – 13.1. Ruolo dell'argomentazione giuridica sostanzialistica e soggettivistica rispetto al grado di costituzionalizzazione (in particolare: riguardo alle sanzioni amministrative) – 14. Lo squilibrio tra il grado di costituzionalizzazione della Costituzione penale liberale e Costituzione penale sociale. Sua rilevanza per il dibattito attuale sullo statuto costituzionale delle sanzioni amministrative.

13. *La tendenza contemporanea alla convergenza dei modelli interno ed EDU quale fattore di costituzionalizzazione*

Se si guarda nell'insieme alla storia recente dei rapporti tra punizione e costituzionalismo che ho cercato di ricostruire nei suoi tratti essenziali in questa Parte, si può dire che essa ha riguardato soprattutto lo sviluppo di paradigmi ermeneutici concorrenti per l'interpretazione della parte dei testi costituzionali vigenti riguardanti la materia penale. Nel periodo che va da metà del secolo scorso a oggi, in particolare, si distinguono con sufficiente chiarezza tre *approcci giuridici* differenti al problema penale, che ho chiamato *approccio tradizionale*, *approccio costituzionalistico* e *approccio europeo dei diritti dell'uomo*.

Da una ricostruzione di lungo periodo del dibattito dottrinale al riguardo emerge altresì che il testo delle disposizioni da interpretare non offre indicazioni univoche rispetto alla scelta tra questi approcci. Sia l'*approccio tradizionale* sia l'*approccio costituzionalistico* appaiono difatti compatibili con il testo della Costituzione. Ciononostante, storicamente è il primo a essersi affermato. Allo stesso modo, il testo della CEDU non avrebbe ostato all'adozione di un approccio più simile a quello interno, ma dal caso *Engel* in poi la giurisprudenza convenzionale ha preso un corso molto diverso. Oggi, infine, anche attraverso la trasformazione che ho descritto nell'Introduzione, la Corte costituzionale sembra stare abbandonando l'*approccio tradizionale* spostandosi verso un nuovo paradigma più simile all'*approccio europeo dei diritti dell'uomo*. In questo contesto fluido, la scelta dell'interprete a favore di un paradigma ermeneutico piuttosto che di un altro non sembra dunque poter essere configurata quale esercizio di una qualche tecnica giuridica neutrale (secondo la pretesa metodologica perseguita da Vittorio Emanuele Orlando), ma, più realisticamente, dovrebbe essere concepita quale espressione di una *preferenza di politica costituzionale*.

Se così stanno le cose, un piano su cui appare possibile svolgere una qualche discussione scientifica su questo tema è, anzitutto, quello dell'analisi dei valori sottesi a ciascun paradigma interpretativo (o al metodo di cui è espressione) e, in secondo luogo, quello dell'elaborazione di criteri di preferibilità che siano ancorati, quanto più possibile, ai valori posti a fondamento dell'ordinamento positivo di riferimento. La prima di queste due analisi permette di esplicitare più chiaramente i termini dei giudizi di valore effettuati

dall'interprete nella scelta dell'approccio al problema; la seconda mira invece a costruire strumenti utili a una discussione critica di tali scelte nella prospettiva del diritto costituzionale.

Il criterio di valutazione che ho proposto riguarda l'*idoneità di ciascun approccio di realizzare gli obiettivi politici minimi di una teoria costituzionale della punizione* (sintetizzabili, a partire dalla riflessione filosofica costituzionale classica, nei principi di politicità, funzionalizzazione, giustificazione, separazione dei poteri, irretroattività e determinatezza, proporzionalità rispetto alla gravità del fatto, al fine perseguito e alle condizioni materiali del condannato)⁴⁵⁴. Rispetto a questo criterio, quello che ho chiamato *approccio tradizionale* garantisce il grado di costituzionalizzazione più basso, quello *costituzionalistico* un grado intermedio (anche se più avanzato per alcuni specifici profili) e quello *europeo dei diritti dell'uomo* il grado massimo finora raggiunto.

Sono consapevole che questo criterio di valutazione si espone a critiche di vario genere che spaziano, ipoteticamente, dal modo in cui ho provato a derivare gli obiettivi politici minimi di una teoria costituzionale, ai loro contenuti, fino, e più radicalmente, alla discussione del legame storico tra esperienza costituzionale italiana e costituzionalismo come movimento filosofico-politico, che il riferimento a essi quale criterio di preferibilità *positivamente rilevante* ovviamente presuppone. Ai fini di minimizzare il rischio di simili obiezioni mi sono limitato a enucleare *obiettivi minimi* che accomunano le riflessioni di pensatori comunemente ritenuti parte della tradizione costituzionalistica⁴⁵⁵. Mi sembra, in ogni caso, che i risultati del mio studio possano mantenere una qualche utilità anche qualora si rifiutasse questo criterio metateorico di valutazione.

In particolare, se si accetta la costituzionalizzazione del potere punitivo così intesa e l'idea che essa rappresenti un obiettivo del movimento costituzionale positivamente riferibile anche all'ordinamento italiano, la mia analisi contribuisce a mostrare, sul piano descrittivo, il grado di rispondenza ai valori del costituzionalismo di ciascun approccio e indica dunque, su quello prescrittivo, alcune ragioni teoriche per preferire un approccio agli altri. In questa prospettiva, pertanto, la tendenza attuale alla convergenza del modello interno con il modello EDU, che ho descritto nell'Introduzione, dovrebbe essere giudicata favorevolmente in quanto *fattore di incremento della costituzionalizzazione*⁴⁵⁶.

Se invece si rifiuta il criterio di valutazione che ho proposto, l'analisi dovrebbe comunque aver contribuito a fare chiarezza sulla direzione verso cui evolve l'ordinamento costituzionale vivente in materia penale, chiarendo meglio presupposti, modi di operare e obiettivi politici delle culture giuridiche che sono state egemoni in

⁴⁵⁴ V. *supra* par. 2.6.

⁴⁵⁵ Sul metodo v. *supra* par. 2.

⁴⁵⁶ In termini più familiari al dibattito costituzionalistico, peraltro, si noti che all'incremento della costituzionalizzazione corrisponde il riconoscimento di una *più piena forza normativa alla Costituzione penale*. Sul *principio della forza normativa* (o *magis ut valeat*) nell'ambito della discussione teorica sull'interpretazione costituzionale, anche con riferimento alla dottrina tedesca, *cfr.* in generale A. VESPAZIANI, voce *Interpretazione costituzionale. Diritto comparato*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, Istituto enciclopedia italiana, 2016, §3 in https://www.treccani.it/enciclopedia/interpretazione-costituzionale-diritto-comparato_res-85eb433c-1383-11e6-8a04-00271042e8d9 (*Diritto-on-line*). Sul tema prima v. già M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1982, 65 ss.

passato e di quelle che, oggi, si vanno affermando sulla scena europea e in Italia. Sotto questo profilo, pertanto, la mia analisi avrebbe raggiunto lo scopo se fosse riuscita a contribuire a una qualche razionalizzazione dei differenti approcci al problema penale emersi nel dibattito dottrinale costituzional-penalistico e nella giurisprudenza (soprattutto costituzionale) dell'ultimo secolo.

13.1. *Ruolo dell'argomentazione giuridica sostanzialistica e soggettivistica rispetto al grado di costituzionalizzazione (in particolare riguardo alle sanzioni amministrative)*

Il confronto analitico tra i diversi approcci ha inoltre permesso di evidenziare i caratteri del discorso giuridico-costituzionale sul problema penale a cui il grado di costituzionalizzazione è maggiormente legato. Nei termini che ora riassumerò, essi sono: 1) la preferenza per l'uso di nozioni *sostanziali* di materia penale rispetto a nozioni *formali* e 2) l'impostazione della questione in termini *soggettivistici (rights-based)* invece che *oggettivistici (rules-based)*.

Ne consegue, in generale, che l'adozione di questi *modi argomentativi* nello sviluppo dei tratti essenziali di un paradigma interpretativo della Costituzione penale – come tenterò di fare nel capitolo conclusivo – può giustificarsi, sul piano normativo, nei termini di necessità di attuare gli obiettivi politici minimi di una teoria penale costituzionale e, dunque, di rafforzare le garanzie positive dei valori di libertà e uguaglianza, per come essi vengono intesi nella tradizione costituzionalistica.

1) Più nel dettaglio, la preferenza per l'uso di nozioni *sostanziali* di materia penale risulta connessa a una maggiore costituzionalizzazione *in senso estensivo*, vale a dire riferibile a un maggior numero di *tipi* di sanzioni.

Sotto questo profilo l'*approccio tradizionale*, adottando una nozione *formale* di materia penale, limita la costituzionalizzazione alle sanzioni disciplinate dal legislatore, quanto a conseguenze giuridiche e procedimento sanzionatorio, secondo il modello storico di disciplina positiva della repressione penale (ossia alle sanzioni qualificate, in senso più ampio di come comunemente inteso, come penali)⁴⁵⁷. L'*approccio costituzionalistico*, invece, la estende a tutte le sanzioni incidenti in via diretta o potenziale sulla libertà personale⁴⁵⁸ e l'*approccio EDU* a tutte le sanzioni che condividono il medesimo *modello di disciplina*, caratterizzato dall'inflizione di pene per la violazione di comportamenti in base a una previsione di legge, riferibile alla generalità dei consociati e con la finalità di deterrenza generale e punizione del singolo trasgressore⁴⁵⁹.

Un aspetto che è molto importante sottolineare è che in nessuno di questi due paradigmi il carattere *sostanziale* della nozione di materia penale è inteso in senso di extragiuridico o ultrapositivo, come nel quarto *approccio* teorico che ho esaminato e che ho indicato come *funzionalista*⁴⁶⁰. Il carattere *sostanziale* indica infatti più propriamente

⁴⁵⁷ V. *supra* par. 6.3.

⁴⁵⁸ V. *supra* parr. 8.1 e 9.

⁴⁵⁹ V. *supra* par. 10.2.1 e 12.

⁴⁶⁰ V. *supra* par. 7.

il *grado di autonomia* della nozione di materia penale rispetto alla scelta qualificatoria del legislatore ordinario (intesa, in senso ampio, come scelta relativa non solo al *nomen iuris*, ma anche al tipo di conseguenze giuridiche e al procedimento sanzionatorio). Tutte le nozioni *sostanziali* sono però considerabili, in una prospettiva più in generale, nozioni *giuridico-formali* in quanto fondate sull'interpretazione del diritto positivo sovralegislativo (costituzionale o convenzionale).

Da ciò deriva che la scelta tra una nozione *formale* o *sostanziale* di materia penale si traduce più precisamente in un problema costituzionale attinente alla *teoria delle fonti* riguardante la domanda *se e in che grado l'interpretazione della fonte sovraordinata possa dipendere dal contenuto (attuale o storico) di fonti sottordinate*.

Storicamente la massima estensione della costituzionalizzazione del potere punitivo è conseguita all'affermazione del principio teorico per cui *l'interpretazione della fonte sovraordinata non può dipendere dal contenuto della fonte sottordinata (nemmeno del tempo in cui fu approvata la fonte sovraordinata in una logica interpretativa originalista)*, condiviso tanto dall'*approccio costituzionalistico* quanto dall'*approccio EDU*, anche se solamente da quest'ultimo sviluppato in maniera pienamente coerente⁴⁶¹.

2) All'impostazione in termini *soggettivistici (rights-based)* del discorso costituzionale sul problema penale corrisponde, invece, una maggiore costituzionalizzazione *in senso intensivo*, vale a dire in modo da fondare il maggior numero dei principi connessi agli obiettivi minimi di una teoria costituzionale della punizione e garantirne un rispetto effettivo.

L'*approccio tradizionale* adotta un'impostazione del discorso *oggettivistica* in base alla quale l'esercizio del potere punitivo non pone alcun problema generale in termini di tutela dei diritti dato che il riconoscimento costituzionale del potere di punire implica di per sé l'autorizzazione alla limitazione dei diritti fondamentali che a esso necessariamente consegue⁴⁶². In altre parole, il discorso giuridico è più concentrato sul *potere* che non sui *diritti* su cui il primo incide. All'opposto, gli *approcci costituzionalistici* ed *EDU* concepiscono il problema penale come problema in termini *soggettivistici* di limitazione dei diritti fondamentali del soggetto punito.

Pur condividendo la medesima impostazione, i due *approcci soggettivistici* storicamente affermatasi presentano tuttavia alcune differenze significative e alcuni limiti. Nessuno dei due approcci, in buona sostanza, sviluppa l'impostazione soggettivistica fino alle sue ultime conseguenze.

⁴⁶¹ Sulla parziale dipendenza (indiretta) della nozione *sostanziale* di materia penale adottata nell'ambito dell'*approccio costituzionalistico* v. *supra* par. 8.1.

⁴⁶² È la logica sottintesa all'argomento del c.d. *vuoto dei fini* relativo all'art. 13 Cost., su cui cfr. P. NUVOLONE, *La problematica penale della Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano, Giuffrè, 1977, 491 («[affermare che] il bene supremo essendo quello della *libertà personale*, esso non può essere limitato da norme penali se non quando siano in discussione beni costituzionalmente significativi [è] una petizione di principio evidente: perché quello di *libertà personale* non è concetto assoluto, ma solo relativo all'ambito nel quale il singolo può lecitamente operare in base a norme non incompatibili con la Costituzione»).

L'*approccio EDU*, sotto questo profilo, risulta particolarmente limitato dall'idea che rientrino nell'ambito di applicazione della Convenzione *ratione materiae* soltanto quei casi in cui la parte della fattispecie penale che impone una certa norma di condotta interferisce con uno dei diritti convenzionalmente tutelati, mentre un sindacato generalizzato sulla pena in quanto tale è ammissibile soltanto in riferimento al diritto a non subire trattamenti disumani e degradanti (art. 3 CEDU) e a quelli garantiti dall'art. 7 CEDU (*nulla poena sine lege*)⁴⁶³. Un dovere di giustificazione della punizione si configura, cioè, solamente se l'obbligo o il divieto penalmente sanzionato comporta una restrizione di un diritto fondamentale protetto dalla Convenzione. Nel complesso, pertanto, pur impostato in termini formalmente *soggettivistici*, i risultati a cui conduce l'*approccio EDU* sotto il profilo della necessaria giustificazione della pena non differiscono significativamente da quelli dell'*approccio tradizionale*, il quale pure esclude che possano essere punite condotte che costituiscono l'esercizio di diritti costituzionalmente riconosciuti⁴⁶⁴.

L'*approccio costituzionalistico* non presenta questo limite generale perché concepisce la fattispecie penale in maniera unitaria (vale a dire senza dividerla in norma di condotta e norma *stricto sensu* sanzionatoria ai fini della valutazione del suo impatto sui diritti fondamentali del soggetto punitivo)⁴⁶⁵. Tuttavia esso, fondandosi sull'idea di pena come limitazione della sola libertà personale, non è idoneo a costituzionalizzare le pene che incidono su diritti fondamentali diversi, come in genere accade oggi per le sanzioni amministrative nel contesto italiano.

Queste riflessioni indicano pertanto che, in una prospettiva costituzionalistica, la scelta di impostare il discorso sul problema penale in termini *oggettivistici (rules-based)* o *soggettivistici (rights-based)* coincide con la soluzione che si dà a una questione attinente alla *teoria dei diritti* riguardante il *modo in cui deve essere concepito il rapporto tra punizione e diritti fondamentali*. Più nel dettaglio, l'interprete deve stabilire se la valutazione dell'incisione della pena sui diritti debba essere condotta a) *separatamente per la parte della fattispecie penale che prevede la norma di condotta e per quella che prevede la sanzione, poiché i diritti fondamentali sono da considerarsi originariamente limitati dalla possibilità di irrogare punizioni legittime* (in quanto non in contrasto con vincoli costituzionali oggettivi attinenti a esercizio di diritti costituzionalmente riconosciuti, uguaglianza, proporzionalità, ragionevolezza, ecc.) ovvero b) *unitariamente nel senso che l'irrogazione di qualsiasi punizione costituisce, di per sé e anche solo in relazione alla parte della fattispecie penale che prevede la sanzione, una limitazione di diritti fondamentali*.

⁴⁶³ V. *supra* par. 10.2.

⁴⁶⁴ V. *supra* par. 9.

⁴⁶⁵ V. *supra* parr. 8 ss. Sulla concezione della fattispecie incriminatrice come norma composta da una norma di condotta (che individua il comportamento vietato) e norma sanzionatoria (che individua la pena per il trasgressore) v. *funditus* N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale: scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, G. Giappichelli, 2020, 122 e, per i riferimenti al dibattito tedesco, spec. nota n. 2.

Sotto questo secondo profilo, pertanto, una piena costituzionalizzazione del potere punitivo potrebbe conseguire soltanto all'adozione dei presupposti dell'*approccio costituzionalistico* quanto a *concezione non frazionata della fattispecie penale*, esteso, tuttavia, anche alla considerazione dei diritti fondamentali diversi alla libertà personale.

14. *Lo squilibrio tra il grado di costituzionalizzazione della Costituzione penale liberale e Costituzione penale sociale. Sua rilevanza per il dibattito attuale sullo statuto costituzionale delle sanzioni amministrative*

Una seconda conclusione di carattere generale che si può trarre dall'analisi storica del processo di costituzionalizzazione del potere punitivo è il minor grado di costituzionalizzazione raggiunto nell'ambito degli ordinamenti positivi contemporanei in riferimento ai principi connessi agli aspetti *sociali* di una teoria costituzionale della punizione rispetto a quelli *liberali*. Questo squilibrio, nel caso italiano, risulta in particolare essere dipeso dall'affermarsi dell'*approccio tradizionale* (supportato, d'altronde, da una logica sostanzialmente liberale)⁴⁶⁶, invece che di quello *costituzionalistico* (costruito su una logica comprensiva di tutti i formanti filosofico-politici della Costituzione). Sotto questo aspetto, peraltro, la tendenza odierna al riavvicinamento dell'approccio interno e di quello EDU non sembra rappresentare un dato rilevante, dato che *anche a livello convenzionale* può osservarsi una certa *ipocostituzionalizzazione* degli aspetti *sociali* (dipendente, in questo caso, soprattutto dal minor supporto testuale per lo sviluppo di interpretazioni ispirate a logiche valoriali maggiormente comprensive)⁴⁶⁷.

Al di là dei profili generali legati all'interpretazione della norma penale e al ruolo del giudice comune, già sviluppati nell'ambito della riflessione costituzionalistica bricoliana *anche* in chiave di tutela dell'interesse costituzionale tutelato dal legislatore penale⁴⁶⁸, nessuno dei paradigmi ermeneutici storicamente affermatosi sembra in particolare idoneo a fondare garanzie adeguate al principio di *eguale afflittività* della pena (o *proporzionalità della pena rispetto alle condizioni materiali del condannato*)⁴⁶⁹.

A livello interno, questo problema, che si pone primariamente e nel modo più evidente per le pene pecuniarie⁴⁷⁰, è stato difatti in genere trattato nella non vasta letteratura penalistica che si è interessata al tema⁴⁷¹ più come un problema di *politica del*

⁴⁶⁶ V. *supra* par. 8.5.

⁴⁶⁷ V. *supra* par. 10.2.1.

⁴⁶⁸ V. *supra* parr. 8.2 ss. Sul diverso ruolo del giudice comune e sulla sua connessione alla dimensione sociale del diritto penale – annullata dall'impostazione liberale – v. anche in part. note nn. 297, 300 e 342.

⁴⁶⁹ Su questo profilo nella filosofia costituzionale classica v. *supra* per Hobbes parr. 2.1 ss. e spec. nota n. 47; per Rousseau par. 2.4.1; per Kant par. 2.5; in generale par. 2.6.

⁴⁷⁰ Ciò dipende in primo luogo dal carattere c.d. disomogeneo del patrimonio, su cui incidono le pene pecuniarie, rispetto alla libertà personale su cui incidono quelle detentive. Sul punto *cf.* G. FIANDACA ed E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2007, 758. Nella giurisprudenza costituzionale in termini molto chiari sul punto Corte cost., sent. n. 131 del 1979, cons. dir. 8.

⁴⁷¹ Segnalava già uno scarso interesse per il tema E. DOLCINI, *Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1972, 408 e, di nuovo, oggi E. DOLCINI, *Verso una pena pecuniaria finalmente viva e vitale? Le proposte della Commissione Lattanzi, in Sistema Penale*, 2021.

diritto che non di *diritto costituzionale*. Pur essendo stato da tempo riconosciuto in letteratura che la pena pecuniaria – per come disciplinata a livello di legislazione ordinaria – incide in maniera fortemente diseguale sui diversi condannati, tende ad accrescere le diseguaglianze e permette ai soggetti dotati di elevata capacità economica di acquistare una sostanziale impunità⁴⁷², tutti questi aspetti vengono in genere considerati come limiti “ontologici” dell’istituto, migliorabili attraverso riforme legislative⁴⁷³, ma comunque non configurabili quali veri e propri problemi di costituzionalità della disciplina vigente⁴⁷⁴.

Alla riconfigurazione dei problemi posti dall’*eguale afflittività* in termini di questioni giustiziabili da parte di una Corte costituzionale hanno a lungo ostato, mi sembra, alcune convinzioni radicate sulla necessità di previsioni di limiti minimi e massimi edittali⁴⁷⁵, ma, soprattutto, la concezione della riserva di legge in materia penale sviluppata nell’ambito dell’*approccio tradizionale* quale *limite forte* alla possibilità di interventi manipolativi da parte del giudice costituzionale, a maggior ragione se *in malam partem* (come sarebbe richiesto, ad esempio, per assicurare l’effettività della pena pecuniaria anche nei confronti dei soggetti più abbienti)⁴⁷⁶.

Questi stessi problemi si pongono, chiaramente e a maggior ragione, per la sanzione amministrativa, che consiste oggi, nella maggior parte dei casi, in una sanzione di tipo pecuniario (o, comunque, a contenuto economico). Essi risultano anzi aggravati, da un lato, per l’assenza di una riflessione al riguardo nella letteratura amministrativistica e, dall’altro, per il minor grado di manovrabilità che la disciplina legislativa vigente

⁴⁷² Per una sintesi della dottrina novecentesca sul punto v. per tutti L. GOISIS, *La pena pecuniaria. Un’indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, Giuffrè, 2008, 33 ss. e, poi, senza segnalare particolari evoluzioni, ancora ID., *La pena pecuniaria. Storia, comparazione, prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 6 ss.

⁴⁷³ In letteratura è frequentissimo il riferimento al modello, assai diffuso in Europa, c.d. dei giorni-pena su cui v. in generale, anche in una prospettiva comparata, P. FARALDO-CABANA, *Pecuniary Punishments*, in *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*, 2018.

⁴⁷⁴ Un’eccezione rilevante a questa tendenza è rappresentata dal dibattito sull’istituto della conversione della pena pecuniaria in pena detentiva in caso di insolvibilità del condannato su cui v. F. BRICOLA, *L’istituto della conversione della pena pecuniaria in pena detentiva alla luce dei principi costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1961, 1073 ss. a cui hanno fatto seguito varie sentenze della Corte costituzionale (tra cui la già citata sent. n. 131 del 1979). A differenza delle problematiche generalmente connesse alla pena pecuniaria, il problema della conversione non si pone per le sanzioni formalmente non penali poiché l’ordinamento non prevede istituti analoghi in caso di mancato pagamento di sanzioni amministrative.

⁴⁷⁵ Cfr. già E. DOLCINI, *Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1972, 439 in cui si legge che «a nostro avviso, [un limite massimo] costituisce una sorta di valvola di sicurezza, intesa ad impedire che per qualsiasi reato si applichino nei confronti dei soggetti più abbienti pene assai elevate, fino a sfumare i confini tra ammenda e confisca parziale dei beni. La fissazione di un limite minimo, d’altra parte, evita che, riducendosi la pena fino a valori in assoluto irrisori, si accentui la possibilità di una sostituzione del pagamento, e quindi il rischio che al sanzioni risulti inidonea ad assolvere qualsiasi funzione di difesa sociale». Nello stesso senso ma concettualizzando il discorso entro la categoria della legalità, con riferimenti bibliografici sul dibattito precedente, anche A. BERNARDI, *Natura penale e retaggi civilistici della pena pecuniaria*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993, 532.

⁴⁷⁶ V. *supra* par. 9.

attribuisce all'amministrazione e al giudice nella quantificazione della pena in ragione delle condizioni economiche del condannato⁴⁷⁷.

Tutto ciò indica, insomma, che una riflessione costituzionalistica finalizzata a valutare la possibilità di sviluppare uno statuto costituzionale uniforme per le sanzioni punitive, indipendente dalla loro formale qualificazione legislativa, dovrebbe considerare con speciale attenzione il profilo riguardante l'*eguale afflittività* della pena (in particolare pecuniaria).

Del resto, nel contesto della più recente giurisprudenza costituzionale – proprio in materia penale – sono emersi nuovi modelli decisori che rendono ormai astrattamente possibile un intervento della Corte anche in casi in cui è necessario rimediare a omissioni o inerzie riformistiche del legislatore⁴⁷⁸ cosicché non solo classici problemi liberali (di garanzia individuale), ma anche problemi a lungo considerati in soli termini politici di giustizia sociale sembrano oggi poter essere finalmente riconfigurati come problemi di giustizia costituzionale⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ Non è considerato applicabile, ad esempio, l'art. 133-bis, comma 2 cod. pen. in base al quale «Il giudice può aumentare la multa o l'ammenda stabilite dalla legge sino al triplo o diminuirle sino ad un terzo quando, per le condizioni economiche del reo, ritenga che la misura massima sia inefficace ovvero che la misura minima sia eccessivamente gravosa».

⁴⁷⁸ Mi riferisco ai modelli decisori c.d. della *doppia pronuncia* e delle *rime adeguate* introdotti negli ultimi anni dalla Corte costituzionale per superare l'argomento della discrezionalità legislativa di fronte a violazioni dei diritti fondamentali. In letteratura, per una descrizione e analisi dei caratteri del primo modello v. almeno R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali processuali e "politici" delle ordinanze monitorie di rinvio della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 22, 2021, 32 ss.; A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *Consulta online*, 2, 2021, 348 ss.; R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle "rime obbligate": la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*, in *Il Foro italiano*, 9, 2020, 1, 2565 ss.; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, 644 ss. Sul secondo modello v. per tutti D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorso di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020, 101 ss. e, da ultimo nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost., sent. n. 62 del 2022, cons. dir. 7.1 e sentenze lì citate. Segnalo inoltre che, nell'ambito di applicazione del diritto UE, in base a *NE* n. II (8 marzo 2022) il giudice comune ha ora la possibilità di disapplicare la parte di sanzione punitiva sproporzionata. Ho già provato a sviluppare alcune riflessioni sulla possibilità di utilizzare quest'ultimo schema decisorio per un avanzamento della costituzionalizzazione del principio di *eguale afflittività* in P.F. BRESCIANI, *Contro le pene eccessive: al rimedio costituzionale si aggiunge la disapplicazione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2022, 637 ss..

⁴⁷⁹ In questa prospettiva, recentissimamente, la Corte costituzionale con sent. n. 82 del 2022 – superando propri precedenti moniti grazie alla tecnica decisoria delle *rime adeguate* – ha potuto ad esempio provvedere, in tema di pene pecuniarie sostitutive a pene detentive brevi, alla «sostituzione del minimo di 250 euro con quello di 75 euro per ogni giorno di pena detentiva sostituita» atteso che «una quota giornaliera di 250 euro è, all'evidenza, ben superiore a quella che la gran parte delle persone che vivono oggi nel nostro Paese sono ragionevolmente in grado di pagare, in relazione alle proprie disponibilità reddituali e patrimoniali» e che «un tale adeguamento [...] deve ritenersi imposto dal principio di eguaglianza, da cui discende il compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini (art. 3, secondo comma, Cost.)», specificando in particolare che «nella prospettiva di un'eguaglianza "sostanziale" e non solo "formale", il vaglio che [la] Corte è chiamata a compiere sulla manifesta sproporzione della pena pecuniaria non potrà che confrontarsi con il dato di realtà del diverso impatto del medesimo *quantum* di una tale pena rispetto a ciascun destinatario».

ANNEXO 1. TAVOLA SINOTTICA DI CONFRONTO DEI CARATTERI DEGLI APPROCCI TRADIZIONALE, COSTITUZIONALISTICO ED EDU

	<i>Approccio tradizionale</i>	<i>Approccio costituzionalistico</i>	<i>Approccio EDU</i>
<i>Tipo di argomentazione</i>	<i>Rules-based</i>	Misto	<i>Rights-based</i>
<i>Concezione del testo costituzionale</i>	Costituzione come limite	Costituzione come fondamento	Costituzione come assiologia
<i>Tipo di nozione di materia penale e rapporto con scelta legislativa</i>	Formale (totalmente dipendente da contenuto della legislazione di fonte primaria)	Sostanziale (ma parzialmente dipendente da contenuto della legislazione di fonte primaria)	Sostanziale (totalmente indipendente da contenuto della legislazione di fonte primaria)
<i>Contenuto della materia penale</i>	Comprende sanzioni formalmente penali e sanzioni che presentino una disciplina legislativa assimilabile	Comprende sanzioni formalmente penali e sanzioni comunque incidenti sulla libertà personale (anche solo in via potenziale)	Comprende tutte le sanzioni con finalità punitiva e quelle formalmente disciplinari ma solo se incidenti (anche solo in via potenziale) su libertà personale o, comunque, di gravità assimilabile
<i>P. di politicità</i>	Sì, nei limiti degli scopi non espressamente vietati dalla Costituzione	Sì, nei limiti dei beni di rilevanza costituzionale (espliciti o impliciti)	Sì, ma se la norma di condotta interferisce con diritto convenzionale, nei soli limiti degli scopi legittimi espressamente indicati nella CEDU; esistono alcuni obblighi positivi di tutela penale

<i>Pp. di funzionalizzazione e giustificazione</i>	No (standard di giudizio della non manifesta arbitrarietà)	Sì (standard di giudizio dello scrutinio stretto)	Sì, ma solo se norma di condotta interferisce con diritto convenzionale (standard di giudizio della necessità in una società democratica)
<i>Pp. di separazione dei poteri, irretroattività e tassatività-determinatezza della legge penale e ruolo del giudice comune</i>	Sì Il giudice comune ha il solo compito di applicare la legge secondo i criteri di interpretazione tradizionali	Sì Il giudice comune nell'interpretare la legge e nell'esercizio della propria discrezionalità deve concorrere a realizzare gli obiettivi costituzionali	Sì Il giudice comune nell'interpretare la legge e nell'esercizio della propria discrezionalità deve concorrere a realizzare gli obiettivi convenzionali
<i>Principio di proporzionalità rispetto al fine</i>	No (valutazione insindacabile del legislatore)	Sì	Sì, ma solo se norma di condotta interferisce con diritto convenzionale
<i>Principio di proporzionalità rispetto al fatto</i>	No (valutazione insindacabile del legislatore)	Sì	Sì, ma solo se <i>grossly disproportionate</i>
<i>Principio di proporzionalità rispetto alle condizioni materiali del condannato (eguale afflittività)</i>	Non considerato	Sì	Non considerato

PARTE II

UN METODO PER L'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE DELLA "LEGALITÀ INTEGRATA" IN MATERIA PENALE

SOMMARIO. 1. La "legalità integrata" in materia penale come problema costituzionale: stato dell'arte e definizione dell'oggetto di indagine. – 2. Descrizione dei diversi paradigmi entro cui i rapporti Costituzione-CEDU sono stati ricostruiti in generale. – 2.1. Paradigmi riconducibili alla teoria delle fonti: la dottrina della Corte costituzionale della "CEDU come norma interposta e sue critiche". – 2.1.1. La teoria della "CEDU come limitazione di sovranità ai sensi dell'art. 11 Cost.". – 2.1.2. La dottrina internazionalista della Corte di Strasburgo della "CEDU come fonte sovraordinata alle Costituzioni nazionali". – 2.2. Paradigmi riconducibili alla teoria dell'interpretazione: la dottrina della "CEDU come parametro interpretativo in quanto fonte di cognizione dei diritti inviolabili tutelati dall'art. 2 Cost.". – 2.2.1. La teoria dell'ordine "intercostituzionale" di Antonio Ruggeri e altre teorie ultrapositive a essa similari. – 3. L'integrazione ordinamentale in materia penale nella prassi della giurisprudenza costituzionale. Termini del problema e struttura dell'analisi. – 3.1. L'integrazione totale e ap problematica del contenuto dei corrispondenti diritti costituzionali e convenzionali connessi al principio di legalità penale. – 3.2. L'integrazione parziale e più problematica del principio del *ne bis in idem*. – 3.3. La mancata integrazione delle nozioni di materia penale. – 3.4. Osservazioni conclusive sui tre livelli di integrazione riscontrabili nella prassi della giurisprudenza costituzionale. – 4. *Segue*: Confronto della prassi giurisprudenziale con i diversi paradigmi di ricostruzione dei rapporti interordinamentali. Ragioni per la formalizzazione di un nuovo paradigma fondato sull'art. 117 Cost. e l'art. 11 Cost. o, preferibilmente, l'art. 2 Cost. – 5. La nozione costituzionale di materia penale nel sistema di legalità integrata: ragioni per la sua autonomia e unitarietà.

1. *La "legalità integrata" in materia penale come problema costituzionale: stato dell'arte e definizione dell'oggetto di indagine*

Al termine dell'Introduzione avevo indicato due dimensioni principali lungo le quali il problema del potere punitivo come questione costituzionale può essere oggi concepito. Nella Parte I ho analizzato la prima dimensione, quella, per così dire, *orizzontale* in quanto relativa alla liquefazione della vecchia dogmatica novecentesca della punizione in seguito all'affermarsi di approcci interpretativi neocostituzionalistici di stampo soggettivistico e sostanzialistico. Questa Parte si concentra invece sull'analisi della dimensione *verticale* del problema oggetto di studio e riguarda la sempre più stretta integrazione tra l'ordinamento costituzionale italiano e l'ordinamento sovranazionale EDU in materia penale.

Nonostante la diffusa convinzione della particolare resistenza alle influenze extrastatali in questa materia per il fatto di essere la pena un'«espressione forte» della

sovranità nazionale¹, la trasformazione della Costituzione penale in corso appare in realtà una delle più importanti manifestazioni di questo progressivo processo storico-politico di integrazione sovranazionale².

Il principale nodo problematico della questione, al livello costituzionale, è oggi rappresentato dall'idea che il diritto convenzionale possa spiegare una qualche influenza sull'interpretazione delle disposizioni costituzionali interne.

Come ho già cercato di mettere in luce analizzando la sent. n. 196 del 2010³, la trasformazione della Costituzione penale in atto è difatti partita proprio da un ragionamento strutturato in questo modo: *i*) gli artt. 6 e 7 CEDU esprimono un principio secondo cui tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina “costituzionale” della sanzione formalmente penale; *ii*) l'art. 25 Cost. «data l'ampiezza della sua formulazione»⁴ può essere interpretato nel senso di esprimere un principio analogo; *iii*) rispetto alle diverse interpretazioni possibili della disposizione costituzionale, quella che garantisce un livello di tutela dei diritti fondamentali almeno pari a quella garantita dalla CEDU deve essere preferita.

Ragionamenti di questo tipo richiamano una vecchia dottrina interpretativa della Corte, in corso di consolidamento nella più recente giurisprudenza costituzionale, secondo cui «le fonti internazionali [...] produttive o meno di obblighi internazionali vincolanti ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.» sono sempre «rilevanti ai fini dell'interpretazione delle garanzie costituzionali»⁵. In particolare, per la Corte, le norme, nazionali e sovranazionali, «“si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione” [...] nella definizione dello standard di tutela delle condizioni essenziali del diritto»⁶.

¹ Su questa diffusa opinione *cfr.* ad es. G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassarre. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Delle fonti del diritto*, Napoli, Jovene Editore, 2009, 434.

² Al riguardo, risulta infatti assolutamente confermata l'impressione che la giurisprudenza in materia penale costituisca un “banco di prova privilegiato” per lo studio di teorie relative ai rapporti tra Costituzione e CEDU già espressa da A. RUGGERI, “Dialogo” tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale), *Diritto fondamentali*, 2013, 13.

³ V. *supra* Introduzione, par. 2.1.

⁴ Corte cost., sent. n. 196 del 2010, cons. dir. 3.1.5.

⁵ Corte cost., sent. n. 2 del 2022, cons. dir. 3.4. Prima *cfr.* anche, tra altre, sentt. nn. 84 del 2021, cons. dir. 3.5, 62 del 2021, cons. dir. 3, 102 del 2020, cons. dir. 3.2 e 187 del 2019 cons. dir. 4 ss. Sulla tendenza v. anche A. MORRONE, *Fonti normative. Concetti generali, problemi, casi*, Bologna, Il Mulino, 2022, 126.

⁶ Corte cost., sent. n. 84 del 2021, cons. dir. 3.5, che cita la più risalente – ma molto nota – sent. n. 388 del 1999. Su questo orientamento nella giurisprudenza più risalente v. M. RUOTOLO, *La «funzione ermeneutica» delle Convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni*, in *Diritto e società*, 2, 2000, 291 ss. e, prima, D. ALBERGHINI, *A proposito di convenzioni internazionali e parametri di costituzionalità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 1990, 339 ss.; per riferimenti comparatistici alle altre Corti costituzionali europee che adottano un approccio simile v. O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale e del dritto sovranazionale?*, Milano, Giuffrè, 2010, per le Corti dei Paesi Europa Est 240 ss. e in part. 259-260; per la Germania 437 ss.; Spagna e Portogallo (in cui è però presente una espressa disposizione costituzionale abilitante) 441 e in part. nota n. 224.

In una prospettiva costituzionalistica, pertanto, il problema della “legalità integrata” Costituzione-CEDU in materia penale si traduce sostanzialmente nella questione se – ed entro quali limiti – sia possibile *giustificare sul piano della teoria costituzionale questo ruolo attribuito dalla Corte alla fonte sovranazionale nell’interpretazione della Costituzione*. Il problema che tenterò di affrontare in questa Parte non riguarda quindi il tema generale e ampiamente studiato della interpretazione della legge (penale) in modo conforme alla CEDU⁷, ma soltanto la questione più ristretta dei termini di giustificabilità dell’incidenza del diritto EDU nell’interpretazione delle disposizioni interne di rango costituzionale⁸.

Nel contesto dello studio di questa questione generale, l’esatta domanda di ricerca a cui questo capitolo prova a rispondere è *quanto integrata* dovrebbe (o, in prospettiva, potrebbe) essere la nozione costituzionale di “materia penale” con la corrispondente nozione convenzionale⁹.

Rispetto a questo tema nella letteratura sono emerse per il momento, essenzialmente, due posizioni opposte e, invero, abbastanza radicali¹⁰: in base alla tesi cosiddetta *autonomista*, le garanzie costituzionali e convenzionali dovrebbero essere mantenute formalmente e sostanzialmente distinte per ragioni sistematiche attinenti sia al rapporto gerarchico Costituzione-CEDU sia al differente contesto ordinamentale cui esse appartengono¹¹; in base alla tesi *integrazionista*, invece, la giurisdizione costituzionale e convenzionale dovrebbero utilizzare i reciproci materiali normativi in modo da sviluppare e affermare garanzie sostanzialmente comuni rinforzando così il sistema legale complessivo di tutela multilivello dei diritti fondamentali europeo¹².

Come cercherò di descrivere nel dettaglio, l’attuale posizione della Corte appare in qualche modo *intermedia* tra queste due tesi, presentando profili tipici dell’una e dell’altra. Da un lato, infatti, la Corte non ha mai formalmente utilizzato i criteri *Engel* elaborati in sede convenzionale al fine di decidere una questione relativa all’applicabilità

⁷ Sul punto *cfr.* invece, per tutti, V. MANES, *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Archivio Penale*, 1, 2012, 1-50 e F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l’interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in P. CORSO e E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani, vol. II, Milano, La Tribuna, 2010, 617-680*.

⁸ Nella letteratura costituzionalistica sulla rilevanza del diritto EDU per l’ordinamento interno distingue molto chiaramente questi due problemi M. RUOTOLO, *L’incidenza della CEDU sull’interpretazione costituzionale. Il “caso” dell’art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 2, 2013, 1, rilevando una carenza di letteratura sulla seconda questione, che non appare, a distanza di quasi dieci anni ancora realmente colmata.

⁹ V. *supra* Parte I, par. 10 ss.

¹⁰ Ho ricostruito il dibattito, che qui riprendo solo sinteticamente, *supra* Introduzione, par. 3.1.

¹¹ Per tutti *cfr.* N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 85 ss. e, nella giurisprudenza, Corte cost., sent. n. 109 del 2017. Su questa prima tesi v. *funditus supra* Introduzione, par. 3.1.1.

¹² Per tutti *cfr.* F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 1 ss. e *funditus supra* Introduzione, par. 3.1.2.

di una garanzia prevista dal diritto costituzionale interno¹³. Dall'altro – anche al di là dell'orientamento dichiaratamente integrazionista sopra richiamato – nella giurisprudenza costituzionale dell'ultimo periodo si registra oggettivamente una tendenza ad armonizzare l'interpretazione della Costituzione con la rilevante *case-law* sovranazionale¹⁴.

Al fine di discutere la sostenibilità di queste posizioni e affrontare le questioni che ho prospettato procederò in questo modo. Anzitutto nel paragrafo 2 ricostruirò sinteticamente i diversi paradigmi teorici sviluppati dalla dottrina costituzionalistica per ricostruire i rapporti tra ordinamento costituzionale e ordinamento EDU. È difatti soltanto entro tali paradigmi generali che è possibile valutare il grado di sostenibilità delle diverse posizioni espresse sulla questione particolare della “legalità penale integrata”. Nei paragrafi 3 e 4, quindi, analizzerò attraverso la discussione di alcuni casi studio il problema dell'integrazione ordinamentale in materia penale, cercando di mettere in luce se e in che termini i diversi paradigmi generali siano concretamente idonei a fornire per essa una giustificazione. In quest'ottica, in particolare, valuterò anzitutto se la posizione della Corte sia coerente con il paradigma generale dei rapporti interordinamentali affermato dalle sentt. nn. 348 e 349 del 2007 e, in secondo luogo, se sia possibile razionalizzare i profili autonomistici e integrazionistici (apparentemente contraddittori) che caratterizzano l'atteggiamento del giudice costituzionale entro una dottrina interpretativa coerente. Nel paragrafo 5, infine, indicherò le conclusioni che si possono trarre da quest'analisi in ordine al tipo e grado di integrazione possibile tra nozione costituzionale e nozione convenzionale di “materia penale”. Attraverso lo studio dell'integrazione interordinamentale in questa materia, questa Parte della ricerca rappresenta anche un tentativo di contribuire al dibattito più generale sul *punto di vista* che l'interprete della Costituzione italiana dovrebbe adottare al tempo della “legalità integrata”.

¹³ Al riguardo *cfr.* l'approccio autonomista della giurisprudenza costituzionale con la giurisprudenza della Cassazione citata in Corte cost., sent. n. 68 del 2021, cons. dir. 4.2 per cui l'art. 30 della l. n. 87 del 1953 «si presta a una lettura [...] tale da ricomprendere, in particolare, le sanzioni amministrative con caratteristiche punitive *al metro dei “criteri europei”*» (corsivo aggiunto). In particolare, v. Corte Cass., sez. pen., sent. 17 gennaio 2020, n. 1804, dove si legge espressamente che «a tal fine, possono ritenersi utilizzabili i noti parametri Engel, tratti dalla sedimentata giurisprudenza di Strasburgo, per cui la sanzione può essere definita penale - al di là del nomen attribuito dal legislatore interno - in rapporto all'analisi concreta delle finalità perseguite e del grado di afflittività, nel senso che lì dove risulti prevalente la finalità punitiva (rispetto a quella preventiva) o lì dove risulti particolarmente elevato il grado di afflittività, la misura in questione va attratta nel cono delle garanzie penalistiche» (p.to 3.1). Riprenderò più ampiamente questo confronto *infra* nel par. 3.3.

¹⁴ Per la materia penale *cfr. funditus* Introduzione, parr. 1-3. Più in generale *cfr.* sul punto A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2017, 99 ss. nonché gli ulteriori riferimenti in nota n. 56.

2. Descrizione dei diversi paradigmi entro cui i rapporti Costituzione-CEDU sono stati ricostruiti in generale

Nella letteratura giuridica degli ultimi cinquant'anni i rapporti ordinamentali tra Costituzione e CEDU sono stati ricostruiti facendo riferimento a una molteplicità di paradigmi alternativi, ossia di differenti teorie comprensive fondate su certi assunti filosofico-politici, concezioni generali dell'ordinamento giuridico e convenzioni interpretative delle fonti costituzionali e convenzionali.

Una sintetica ricostruzione aggiornata di questi diversi paradigmi – a partire da quello sviluppato nel tempo dalla stessa Corte costituzionale – è necessaria al fine di valutare la coerenza e giustificabilità della posizione particolare assunta dal giudice costituzionale in tema di integrazione delle garanzie penalistiche.

In linea con il diffuso approccio metodologico che, in quest'ambito della riflessione costituzionalistica, muove dal riconoscimento della “neutralità” del testo costituzionale rispetto alle posizioni teoriche sottostanti alle sue diverse possibili interpretazioni (soprattutto in relazione alle concezioni generali dell'ordinamento giuridico)¹⁵, limiterò la mia analisi dei diversi paradigmi alla parte di essi, per così dire, operativa. Mi concentrerò, cioè, soltanto sulle conseguenze pratiche delle diverse tesi compatibili con il testo costituzionale senza discuterne direttamente il fondamento politico¹⁶ o di teoria generale¹⁷.

È bene chiarire subito che questo approccio pragmatico non è ovviamente in grado di rispondere in modo soddisfacente alla questione della *preferibilità* di un paradigma rispetto agli altri. Ciò, tuttavia, non è necessario per rispondere alla domanda di ricerca a

¹⁵ Così in riferimento al tradizionale binomio monismo-dualismo nel classico A. LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1961, 2 e 20-22; più di recente nello stesso senso, sempre in punto di metodo, v. R. BIN, *Critica alla teoria delle fonti*, Milano, FrancoAngeli, 2022, 118; specificamente in materia penale cfr. anche V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Archivio Penale*, 1, 2012, 6.

¹⁶ Sul substrato politico delle posizioni tradizionali nel dibattito di teoria generale v. A. CARIOLA, *L'ordinamento italiano ed il diritto internazionale: concezioni moniste e dualiste e l'integrazione tra ordinamenti*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassarre. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Delle fonti del diritto*, Napoli, Jovene Editore, 2009, 84 ss., nonché già A. LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1961, 14 e riferimenti precedenti lì indicati.

¹⁷ Alle classiche teorie monistiche e dualistiche, e relative variazioni ed evoluzioni, su cui v. in generale A. CARIOLA, *L'ordinamento italiano ed il diritto internazionale: concezioni moniste e dualiste e l'integrazione tra ordinamenti*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassarre. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Delle fonti del diritto*, Napoli, Jovene Editore, 2009, 79 ss., si sono aggiunte oggi nuove teorie generali sviluppate soprattutto a partire dall'analisi del contesto europeo e sovranazionale, tra cui, principalmente, le ormai note teorie afferenti al c.d. pluralismo costituzionale (su cui, in generale, v. almeno M. AVBELJ e J. KOMÁREK (a cura di), *Four Visions of Constitutional Pluralism*, in *EUI LAW*, 21, 2008 e il contributo seminale di N. MACCORMICK, *Beyond the Sovereign State*, in *Modern Law Review*, 1, 1993, 1 ss.), nonché, a livello ultraeuropeo, quelle relative al c.d. costituzionalismo globale (su cui in generale, da ult., O. CARAMASCHI, *Il costituzionalismo globale: teorie e prospettive*, G. Giappichelli, Torino, 2022, 119 ss.; nella letteratura italiana sviluppate sia in versione procedurale, come, ad es., G. PALOMBELLA, *Exploring the Rationale of Inter-legality*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2022, 9 ss., sia nella versione più sostanziale di Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Giuffrè, Milano, 2007, 97 ss.).

cui il capitolo cerca di rispondere, che riguarda esclusivamente la coerenza e sostenibilità del metodo interpretativo effettivamente adottato dal giudice costituzionale rispetto alla Costituzione penale.

Seguendo una distinzione già chiaramente tracciata in letteratura¹⁸, sintetizzerò prima gli elementi essenziali dei paradigmi sviluppati nella logica propria della *teoria delle fonti*, poi quelli afferenti alla sola *teoria dell'interpretazione*¹⁹. Nell'ambito di queste ricostruzioni, necessariamente schematiche, cercherò di evidenziare soprattutto gli aspetti che rendono un paradigma astrattamente idoneo a fornire una possibile giustificazione per pratiche ermeneutiche integrazionistiche. Nei paragrafi successivi affronterò quindi la questione dell'integrazione delle garanzie penali per come effettivamente realizzatasi nella più recente giurisprudenza costituzionale per evidenziare se essa ha comportato un cambio di paradigma rispetto a quello individuato nelle sent. nn. 348 e 349 del 2007 e, se sì, verso quale alternativa.

2.1. *Paradigmi riconducibili alla teoria delle fonti: la dottrina della Corte costituzionale della "CEDU come norma interposta e sue critiche"*

Il paradigma da cui è opportuno cominciare è quello affermatosi nel diritto costituzionale vivente a partire dal 2007²⁰. Data la vastissima letteratura sul tema, mi limiterò a sintetizzarne qui i caratteri essenziali.

L'idea fondamentale della dottrina della Corte costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento convenzionale è che la nuova formulazione dell'art. 117 Cost., avendo impegnato il legislatore ordinario a rispettare gli obblighi internazionali, abbia anche comportato la ricollocazione della CEDU (e degli altri trattati

¹⁸ Cfr. A. MORRONE, *Sui rapporti tra norme della Cedu e ordinamento costituzionale*, in L. MEZZETTI e A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Torino, G. Giappichelli, 2011, 194.

¹⁹ Sulla distinzione tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione e la sua importanza sistematica v. in particolare R. BIN, *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria fonti*, in *Diritto costituzionale*, 1, 2019, 19 ss. e già, nello stesso senso, L. CARLASSARE, voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali II, Milano, Giuffrè, 2008, 538 e spec. nota n. 11. In letteratura sono da tempo presenti approcci che negano la distinzione qui mantenuta (per cui v., per tutti, A. RUGGERI, *Quale "sistema" delle fonti dopo la riforma del titolo V?*, in *Federalismi*, 2, 2006, *passim* ed espressamente 15) o, comunque e più moderatamente, ne affermano una progressiva perdita di significato (cfr. A. PIZZORUSSO, *Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo*, in *Costituzionalismo*, 2, 2007, 5-6).

²⁰ Sul modello inaugurato dalle cc.dd. sentenze gemelle, nell'ambito di una lettura sterminata, per approfondimenti monografici v. A. CARDONE, voce *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011, 379 ss.; R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, Aracne, 2011, 70 ss.; E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Diritto pubblico*, 3, 2013, 727 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra corti nazionali e corte europea di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2012, 95 ss.; A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2017, 41 ss.; E. ALBANESI, *Corte costituzionale e parere della Corte EDU tra questioni di principio e concretezza del giudizio costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 2021, 46 ss.

internazionali) a un livello della gerarchia delle fonti intermedio tra la Costituzione e le fonti primarie²¹.

A partire da questo presupposto – attinente, com'è evidente, alla teoria della fonti – la Corte ha quindi progressivamente potuto affermare che:

1) il contrasto tra una fonte primaria e una norma EDU genera una questione di legittimità costituzionale di esclusiva competenza del giudice delle leggi, non potendo essere risolta dal giudice comune né nella logica della successione di leggi nel tempo né in quella europea della non applicazione²²;

2) una norma EDU non può integrare il parametro se è essa stessa in contrasto con la Costituzione²³;

3) prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale, il giudice comune ha il dovere di interpretare una fonte primaria conformemente alla norma EDU che può integrare il parametro²⁴ (da ciò discende anche che in casi di contrasto il giudice è tenuto a preferire l'interpretazione costituzionalmente conforme su quella convenzionalmente conforme in contrasto con la Costituzione²⁵);

4) nessun giudice interno può sindacare il processo interpretativo della Corte EDU che genera la norma che integra il parametro²⁶, ma 4a) il giudice costituzionale è l'unico organo costituzionalmente competente ad accertare il contrasto di una fonte interna con la norma EDU ai fini dell'annullamento della prima (specialmente laddove la norma convenzionale riserva un qualche “margine di apprezzamento” alle autorità nazionali o, comunque, profili di indeterminatezza)²⁷ e 4b) nei casi in cui la portata della norma EDU

²¹ Sul dibattito dottrinale antecedente alla riforma v. D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra corti nazionali e corte europea di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2012, 64 ss.

²² Cfr. Corte cost., sent. n. 348 del 2007, cons. dir. 4.3.

²³ Cfr. Corte cost., sent. n. 348 del 2007, cons. dir. 4.7 («L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta. Nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano» e, molto significativamente ai fini di questa ricerca, « In sintesi, la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali rispetto alle quali siano state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall'art. 11 della Costituzione»).

²⁴ Cfr. Corte cost., sent. 349 del 2007, cons. dir. 6.2; poi più espressamente Corte cost., sent. n.311 del 2009, cons. dir. 6.

²⁵ Cfr. Corte cost., sent. 49 del 2015, cons. dir. 4; in tali casi, peraltro, la valutazione dell'inoperatività del rinvio spetta sempre e comunque al giudice costituzionale a cui la questione dovrebbe essere posta, per la Corte, in termini analoghi a quelli sviluppati nell'ambito della dottrina dei c.d. controlimiti («la pretesa antinomia venutasi a creare tra il diritto nazionale interpretato in senso costituzionalmente orientato [...] e la CEDU [...] [è] risolta ponendo in dubbio la legittimità costituzionale della legge di adattamento, in quanto essa permette l'ingresso nell'ordinamento italiano di una simile regola»).

²⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 311 del 2009, cons. dir. 6.

²⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 317 del 2009, cons. dir. 7.

è dubbia, il giudice comune è tenuto a dare un'interpretazione di essa che non comporti né la sua contrarietà alla Costituzione (che determinerebbe la non operatività del rinvio) né la sua contrarietà a un atto interno (che determinerebbe l'invalidità e l'annullamento di quest'ultimo)²⁸.

Nel complesso, pertanto, il paradigma adottato dalla Corte risulta – sul *piano normativo* – costruito intorno a due principi cardine, ben radicati nella tradizione pubblicistica italiana: quello di *supremazia della Costituzione* (anche sulla CEDU) e quello di *conservazione dei valori giuridici* (o principio dell'effetto utile).

Sul piano *istituzionale*, invece, tale paradigma si regge su due importanti distinzioni: da un lato, sulla *distinzione tra ordinamento convenzionale e ordinamento dell'Unione europea* al fine di negare la riferibilità anche al primo dell'art. 11 Cost.²⁹ (che comporterebbe una equiparazione sostanziale della CEDU alla Costituzione, fatta eccezione per i principi supremi); dall'altro, sulla *distinzione tra funzioni della Corte EDU come giudice del singolo caso concreto e funzioni della giustizia costituzionale interna come giudice del modello normativo astratto*³⁰ (che garantisce il riconoscimento di un certo margine di manovra alla Corte).

La grandissima parte delle critiche mosse in dottrina a questo paradigma pretorio sono costruite a partire dalla negazione di uno di questi presupposti, normativi e

²⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015, cons. dir. 6.1 che afferma al riguardo «I canoni dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata debbono infatti trovare applicazione anche nei confronti delle sentenze della Corte EDU, quando di esse, anche per le ragioni che si diranno, non si è in grado di cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto». In questa logica (ossia dei casi di “norma EDU di dubbia portata”) la Corte ha sviluppato la sua dottrina sulla “non vincolatività” del diritto EDU non consolidato, particolarmente discussa in dottrina. Sul punto, comunque non dirimente al fine della mia ricerca, v. con diversità di posizioni almeno M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, Cedu e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2015, 288 ss.; G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2015, 303 ss.; D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e Cedu in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2015, 318 ss.; G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Rivista AIC*, 3, 2015, 1 ss.; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: «il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2015, 400 ss.

²⁹ Così sin da Corte cost., sent. n. 348 del 2007 («La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate più avanti – da cui derivano “obblighi” per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri») e 349 del 2007 («In riferimento alla CEDU, questa Corte ha, inoltre, ritenuto che l'art. 11 Cost. «neppure può venire in considerazione non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale» (sentenza n. 188 del 1980), conclusione che si intende in questa sede ribadire. Va inoltre sottolineato che i diritti fondamentali non possono considerarsi una “materia” in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità»).

³⁰ Da ult. in questi esatti termini cfr. Corte cost., sent. n. 149 del 2022, cons. dir. 5.2. In letteratura, tra molti, aveva molto approfondito questo aspetto A. PERTICI, *La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO e L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, G. Giappichelli, 2003, 165 ss.

istituzionali. È evidente dunque come tali critiche si intreccino con questioni di teoria costituzionale su cui è possibile esistano disaccordi ragionevoli entro la comunità degli interpreti (questioni teoriche come l'esistenza di una gerarchia tra ordinamento giuridico nazionale e internazionale, la definizione di istituzione sovranazionale, lo scopo della giustizia costituzionale, ecc.). Come ho anticipato, tuttavia, non affronterò nessuno di questi problemi teorici nel merito. Darò qui solo rapidamente conto delle principali tipologie di critiche – che talora, peraltro, si presentano combinate nella pratica – poiché è proprio a partire da esse che sono stati costruiti i principali paradigmi alternativi che analizzerò nei prossimi paragrafi. Approfondirò quindi il merito di queste critiche nel contesto della descrizione dei corrispondenti paradigmi alternativi.

Una prima tipologia di critiche investe direttamente il *principio di supremazia della Costituzione*. In varie forme e per varie ragioni queste critiche contestano la scelta di politica giudiziaria di concepire i rapporti tra ordinamento costituzionale e ordinamenti internazionali e sovranazionali in termini neo-dualisti al fine di affermare il primato del diritto nazionale (o di una sua parte)³¹. La negazione del principio di supremazia tende a ribaltare la costruzione fondando paradigmi alternativi che si ispirano a una logica di neomonismo³² internazionalista³³.

Una seconda tipologia di critiche mette invece in discussione il *mancato riconoscimento della natura di ordinamento* o, comunque, della sussistenza di una limitazione di sovranità a favore del sistema convenzionale ai fini della riconduzione del diritto EDU nell'ambito di applicazione dell'art. 11³⁴. L'affermazione dell'applicabilità di tale clausola costituzionale conduce alla prospettazione di una sostanziale equiparazione del trattamento del diritto EDU al diritto UE³⁵.

Un'ulteriore linea di critica contesta poi, più radicalmente, l'*approccio gerarchico-formale* con cui la Corte e la dottrina costituzionalistica italiana hanno in genere affrontato la questione dei rapporti tra ordinamenti³⁶. Questo tipo di critiche richiede in definitiva di abbandonare i paradigmi riconducibili alla teoria delle fonti in favore di paradigmi *assiologico-sostanziali* interamente fondati nella teoria dell'interpretazione poiché questi ultimi risponderebbero meglio all'obiettivo politico-filosofico della massima espansione dei diritti e delle libertà³⁷.

³¹ Cfr. ad es. F. SALERNO, *La politica giudiziaria della Corte costituzionale rispetto alle norme costituzionali di garanzia del diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 4, 2020, 1097.

³² Sui caratteri del neomonismo cfr. A. CARIOLA, *L'ordinamento italiano ed il diritto internazionale: concezioni moniste e dualiste e l'integrazione tra ordinamenti*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassarre. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Delle fonti del diritto*, Napoli, Jovene Editore, 2009, 83.

³³ V. *infra* par. 2.1.2.

³⁴ V. da ult. E. ALBANESI, *Corte costituzionale e parere della Corte EDU tra questioni di principio e concretezza del giudizio costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 2021, 101 ss. e letteratura lì citata in nota n. 74.

³⁵ V. *infra* par. 2.1.1.

³⁶ V. da ult., sulla scorta degli studi di A. Ruggeri, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2017, 150 ss.

³⁷ V. *infra* parr. 2.2 ss.

È opportuno dare conto, infine, di un'ultima tipologia di critica che non riguarda direttamente i presupposti del paradigma affermatosi nella giurisprudenza costituzionale, ma unicamente la coerenza complessiva della posizione della Corte. Muovendo dalla ricognizione di una prassi del giudice costituzionale di attribuire un diverso valore ai trattati internazionali in materia di diritti fondamentali (in particolare come parametri interpretativi delle disposizioni costituzionali)³⁸, è stato sottolineato come il paradigma generale della “CEDU come norma interposta” risulti in realtà già superato nei fatti³⁹. In effetti, questo paradigma è in grado di giustificare un'interpretazione della CEDU alla luce della Costituzione, ma non anche il contrario. A differenza delle altre, questa critica non mira a fondare alcun paradigma alternativo preciso, ma si limita a sottolineare l'impossibilità di spiegare il fenomeno dell'integrazione delle interpretazioni da parte del paradigma attualmente adottato dalla Corte. Anticipando i risultati dell'analisi che condurrò in relazione alla materia penale, quest'ultima critica sembra essere in effetti fondata e dovrebbe, pertanto, essere più seriamente considerata e affrontata sia dalla letteratura giuridica sia dalla giurisprudenza costituzionale.

2.1.1. *La teoria della “CEDU come limitazione di sovranità ai sensi dell'art. 11 Cost.”*

Il paradigma alternativo più attestato nella letteratura costituzionalistica italiana è quello costruito a partire dall'affermazione della riconducibilità del diritto EDU alle limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 Cost.⁴⁰

³⁸ Sul punto cfr. N. CANZIAN e E. LAMARQUE, *Due pesi e due misure. I Trattati internazionali sui diritti umani e gli “altri” obblighi internazionali secondo i giudici italiani*, in *Rivista AIC*, 3, 2020, 373 ss.

³⁹ Cfr. F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 491-492.

⁴⁰ A favore di questo paradigma cfr. in ordine di tempo E. ALBANESI, *Corte costituzionale e parere della Corte EDU tra questioni di principio e concretezza del giudizio costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 2021, 104 ss.; F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 491; A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2017, 92 e 138 ss.; R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, Aracne, 2011, 121 ss.; A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della Cedu e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost., n. 80 del 2011)*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2011, 5 ss.; A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2006, 501; G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di “copertura” costituzionale “a più facce”*, in *Politica del diritto*, 3, 1997, 372-373; P. MORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1983, 306 ss.

Al di là di alcuni argomenti letterali e riguardanti i lavori preparatori⁴¹, la questione fondamentale nel dibattito⁴² riguarda la dimensione istituzionale del regime convenzionale. Chi sostiene un paradigma fondato sull'idea che la CEDU costituisca una limitazione di sovranità tende a sottolineare la comunanza delle intenzioni originarie dei Padri fondatori di UE e CEDU e, in ogni caso, la loro funzione comune, vale a dire la più stretta integrazione tra popoli europei⁴³; chi, al contrario, lo nega, sottolinea la diversa idoneità dell'Unione e della Convenzione – per come effettivamente sviluppatasi – di perseguire in concreto la finalità di integrazione politico-materiale che sola giustifica la copertura costituzionale dell'art. 11 Cost.⁴⁴. Come ho già anticipato descrivendo in generale le critiche mosse al paradigma adottato dalla Corte, mi sembra che il disaccordo tra queste posizioni riguardi in realtà, più che la ricostruzione del significato del diritto positivo (costituzionale e convenzionale), sottostanti questioni di teoria costituzionale relative al posto dei diritti umani nelle società democratiche contemporanee e, dunque, che solo su questo piano teorico il dibattito potrebbe essere più proficuamente approfondito.

Ad ogni modo, nella prospettiva pragmatica di quest'analisi, un paradigma in cui al diritto EDU fosse riconosciuta la copertura costituzionale dell'art. 11 Cost. sarebbe sviluppato a partire dall'equiparazione tra diritto costituzionale e diritto convenzionale, fatta eccezione per i principi supremi (in maniera non dissimile, cioè, da quanto già avviene per il diritto UE⁴⁵).

⁴¹ Per G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di "copertura" costituzionale "a più facce"*, in *Politica del diritto*, 3, 1997, 372 in particolare «Né può considerarsi ostativo il fatto che la stipulazione delle convenzioni sui diritti umani non abbia comportato per lo Stato «limitazioni della sua sovranità». Questo, infatti, generalmente si crede sulla base dell'identificazione delle limitazioni in discorso con il trasferimento di funzioni sovrane ad entità sovranazionali, seguendo l'onda che ha portato a ritagliare l'art. 11 Cost. su misura per il fenomeno comunitario. Ciò nonostante, è più aderente ai lavori preparatori svolti dall'Assemblea (durante i quali non si pensava certo all'istituzione delle Comunità ma semmai alla diversa Organizzazione delle Nazioni Unite) intendere l'espressione nel senso di impegni penetranti che comprimono la libertà d'azione altrimenti illimitata dello Stato. E non vi sarebbero pertanto dubbi che vincoli stringenti, in misura certamente superiore a quanto tradizionalmente sia dato rinvenire a garanzia dell'osservanza di patti tra Stati sovrani, discendano dalla Convenzione europea».

⁴² Ricostruisce argomenti *pro* e *contro* da ult. E. ALBANESI, *Corte costituzionale e parere della Corte EDU tra questioni di principio e concretezza del giudizio costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 2021, 101 ss.

⁴³ Cfr. estensivamente O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale e del diritto sovranazionale?*, Milano, Giuffrè, 2010, 75 ss. e R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, Aracne, 2011, 118.

⁴⁴ Per tutti di recente v. C. CARUSO, *Il "posto" dell'interpretazione conforme alla CEDU*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 4, 2018, 1997 ss. Nell'ambito di un confronto tra le diverse legalità europee che muove da G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il rule of law e la governance del mondo*, Bologna, Il Mulino, 2012, sottolineava che la CEDU sarebbe un «ordinamento puramente giurisdizionale, alla cui base non c'è alcuna decisione politica fondamentale» già E. SCODITTI, *Legalità al plurale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2013, 1037.

⁴⁵ Sull'attualità e le problematicità del modello Granital v. in generale C. CARUSO, F. MEDICO e A. MORRONE (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, BUP, 2020.

Ragionando a partire dai corollari del modello attualmente adottato dalla Corte, si può dire che a tale equiparazione conseguirebbe che:

1) in assenza di un'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo nel senso di richiedere l'effetto diretto dei diritti riconosciuti dalla Convenzione⁴⁶, il contrasto tra norma EDU e fonte primaria continuerebbe a generare una questione di legittimità costituzionale;

2) il contrasto tra norma EDU e norma costituzionale determinerebbe la non operatività della copertura *solo* in caso di contrasto con un principio supremo, dovendo in caso contrario prevalere la norma EDU (si può presumere secondo la medesima logica applicabile al caso di formazione di una consuetudine internazionale in contrasto con una norma costituzionale interna non costituente principio supremo)⁴⁷;

3) prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale, il giudice comune dovrebbe offrire della norma primaria un'interpretazione convenzionalmente conforme (preferendo l'interpretazione costituzionalmente conforme *nei soli casi* in cui la norma EDU contrasti con un principio costituzionale supremo);

4) fermo il monopolio interpretativo della CEDU in capo alla Corte di Strasburgo e 4a) ferma la competenza esclusiva del giudice costituzionale di valutare la violazione della norma EDU al fine di annullare una norma nazionale, 4b) nei casi di dubbia portata della norma EDU i giudici dovrebbero dare di essa un'interpretazione conforme ai *soli* principi costituzionali supremi, 4c) dovendo invece risolvere tutti gli altri casi non attraverso un'interpretazione adeguatrice ma ricorrendo a un'*interpretazione sistematica Costituzione-CEDU*.

Un aspetto molto significativo, che è già stato messo in luce in letteratura, è che un ipotetico paradigma dei rapporti tra ordinamento costituzionale e ordinamento convenzionale basato sull'art. 11 Cost. non potrebbe comunque funzionare secondo la logica di separazione delle competenze che attualmente contraddistingue la concezione dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento UE dato che il regime convenzionale non si basa sul principio di attribuzione⁴⁸. Questo significa che mentre il diritto UE può continuare a essere chiaramente distinto dal diritto costituzionale nonostante il riconoscimento a esso di un valore paracostituzionale nel contesto della teoria delle fonti (laddove esiste un'attribuzione UE esercitata il diritto nazionale resta, salvi i controlimiti, quiescente)⁴⁹, il riconoscimento di un'equiparazione della forza del diritto convenzionale al diritto costituzionale comporterebbe invece necessariamente una maggiore confusione dei due.

⁴⁶ Cfr. CEDU, *Dumitru Popescu c. Roumanie* (n°2) (2007), §104.

⁴⁷ Per una ricostruzione degli orientamenti da tempo consolidati della Corte costituzionale sul tema v. in generale A. MORRONE, *Fonti normative. Concetti generali, problemi, casi*, Bologna, Il Mulino, 2022, 126 ss.

⁴⁸ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2006, 502.

⁴⁹ È la logica degli ordinamenti «distinti e al tempo stesso coordinati» fatta propria sin da Corte cost., sent. n. 170 del 1984.

Da tutto ciò deriva, pertanto, che entro un certo limite questo paradigma non solo risulta *idoneo a giustificare formalmente*, ma condurrebbe *nei fatti* a un'interpretazione della Costituzione che, quanto meno, *tenga conto* del diritto convenzionale (purché non contrastante con i principi costituzionali supremi).

2.1.2. *La dottrina internazionalista della Corte di Strasburgo della "CEDU come fonte sovraordinata alle Costituzioni nazionali"*

Il terzo paradigma riconducibile alla teoria delle fonti, infine, è quello cosiddetto *internazionalista*, fondato, cioè, sull'idea che la CEDU si ponga in posizione sovraordinata rispetto alle Costituzioni nazionali (o, più in generale, che il diritto internazionale prevalga sul diritto interno, anche costituzionale)⁵⁰.

Pur non godendo sostanzialmente di alcun supporto nell'ambito della letteratura costituzionalistica italiana, questo paradigma trova vari riscontri nella giurisprudenza convenzionale e merita dunque di essere sinteticamente approfondito.

In termini forse un po' radicali, ma in fondo effettivamente coerenti con vari orientamenti a lungo supportati dalla maggioranza della Corte di Strasburgo⁵¹, l'opinione separata del giudice Pinto de Albuquerque nel caso *G.I.E.M.* descrive così il fondamento di tale paradigma e le sue conseguenze in termini di teoria costituzionale:

«The time of constitutional parochialism is over in Europe. In the era of multilevel constitutionalism, the Convention is a "constitutional instrument of European public order". It thus prevails over constitutional provisions and interests of the Contracting Parties [...] To put it in dogmatic terms, from the Strasbourg perspective, the old-fashioned distinction between monist and dualist constitutional orders has become irrelevant and does not impact upon the binding force of the Convention, as interpreted by the Court's judgments, in the domestic legal order of the Contracting Parties. The multilevel constitutionalism sustained and practised by the Council of Europe is beyond such distinction, seeking a *reductio ad unitatem* in fundamental rights issues in all Contracting Parties [...] a Convention-sensitive constitutional theory of fundamental rights does not suffice today. There must be a Convention-oriented constitutional theory, which is something different and more demanding. From an axiological perspective, although the Convention and the Constitution are on a par, the former prevails over the latter in cases of unavoidable conflict. Constitutional theory must be founded on this bedrock principle, especially these days when the intrinsically counter-majoritarian nature of human rights is forgotten by legislators, courts and other domestic public authorities»⁵²

⁵⁰ V. ad es. A. VERDROSS, *La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans la hiérarchie des normes juridiques*, in AA.VV., *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, 85 ss. e 91 ss.; in generale v. anche R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo, G. Priulla, 1960, 49 ss.

⁵¹ Penso, in particolare, alla dottrina convenzionale ben consolidata del *constitutional instrument of european public order* e alle sue varie conseguenze riassunte, di recente, in A.A. GRYNCHAK, Y.S. TAVOLZHANSKA, S.V. GRYNCHAK *et al.*, *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as a Constitutional Instrument of European Public Order*, in *Public Organization Review*, 2022, 1 ss.

⁵² *G.I.E.M. s.r.l. and others v. Italy* [GC] (2018), opinione parzialmente concorrente parzialmente dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, §79 e §85

Dal punto di vista del diritto costituzionale nazionale, le conseguenze dell'adesione alla prospettiva di Strasburgo⁵³ non sarebbero molto diverse da quelle che conseguirebbero al riconoscimento di una copertura costituzionale per il diritto EDU nell'art. 11 (come correntemente interpretato in relazione al diritto UE), con, tuttavia, due eccezioni molto rilevanti: primo, *nemmeno* i principi costituzionali supremi potrebbero più determinare l'inoperatività del rinvio; secondo; in *nessun caso* sarebbe giustificabile dare al diritto EDU un'interpretazione costituzionalmente conforme, dovendosi al contrario sempre ricercare un'interpretazione convenzionalmente conforme del diritto costituzionale in materia di diritti fondamentali.

Così come il secondo paradigma, pertanto, anche questo terzo paradigma è *formalmente idoneo a giustificare* e, invero, *richiede* che l'interpretazione della Costituzione – nella specifica materia dei diritti fondamentali – *tenga conto* del diritto convenzionale (anche laddove esso contrasti con i principi costituzionali supremi).

2.2. Paradigmi riconducibili alla teoria dell'interpretazione: la dottrina della “CEDU come parametro interpretativo in quanto fonte di cognizione dei diritti inviolabili tutelati dall'art. 2 Cost.”

Una seconda e differente tipologia di paradigmi si fonda invece, come ho anticipato, sul rifiuto dell'*approccio formalista-gerarchico* proprio del diritto vivente della Corte costituzionale e degli altri paradigmi alternativi analizzati finora.

Questa seconda categoria di paradigmi non muove da una qualche teoria generale sui rapporti formali intercorrenti tra fonti costituzionali e fonti convenzionali per dedurne le necessarie conseguenze in termini di rapporti interordinamentali, ma affronta il problema in una *prospettiva più sostanzialistica* fondata sullo speciale valore materiale dei diritti della persona per il costituzionalismo contemporaneo⁵⁴. L'idea centrale di queste posizioni è, cioè, che l'interpretazione dei testi costituzionali e del sistema legale complessivo debba sempre essere orientata alla realizzazione dello scopo che, tradizionalmente, si indica come *massima espansione dei diritti e delle libertà fondamentali*⁵⁵. La conseguenza pratica, per il profilo che più specificamente interessa questa ricerca, è quindi la giustificazione di una forma di *interpretazione costruttiva* (*compounding*) secondo cui la «ricostruzione del significato normativo dei diritti deve

⁵³ Nella prospettiva della teoria delle fonti, l'ancoraggio a questa potrebbe alternativemente dal recupero della vecchia tesi di Quadri sulle conseguenze della costituzionalizzazione del *pacta sunt servanda* con l'art. 10 Cost. (cfr. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo, G. Priulla, 1960, 59) o da una re-interpretazione dell'art. 11 per il diritto convenzionale, ma richiederebbe, in ogni caso, un ripensamento (non probabile e, probabilmente, nemmeno auspicabile) della dottrina della Corte in tema di rigidità costituzionale dei principi supremi dell'ordinamento.

⁵⁴ Sul punto cfr. in termini generali M. KUMM, *Costituzionalismo democratico e diritto internazionale: termini del rapporto*, in *Ars interpretandi*, 1, 2008, 88-89 e 101

⁵⁵ V. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, 41 e *passim*. Nella letteratura più recente per ampi riferimenti v. in L. CAPPUCCI, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, tomo I, Torino, G. Giappichelli, 2016, 412 ss. e G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, *ivi*, 706 ss.

essere la risultante della combinazione tra molteplici fonti, e di una loro selezione finalizzata a offrire la tutela migliore»⁵⁶.

Nell'ambito della letteratura costituzionalistica italiana possono distinguersi due principali teorie riconducibili a questa logica generale, le quali si differenziano tra loro per presupposti e, in parte, per conseguenze.

La prima di queste è la dottrina che intende le Carte internazionali dei diritti – in ragione del loro contenuto materiale e indipendentemente dal loro valore formale⁵⁷ – come fonti ricognitive dei “diritti inviolabili dell'uomo” garantiti dall'art. 2 Cost.⁵⁸. Muovendo dalla natura di clausola aperta dell'art. 2⁵⁹, i sostenitori di questa dottrina affermano che esso obbligherebbe l'interprete a estendere il riconoscimento e la garanzia costituzionale a tutti i diritti già riconosciuti e garantiti a livello sovranazionale e internazionale⁶⁰.

È importante sottolineare – soprattutto al fine di distinguere chiaramente questo primo paradigma dal secondo che esaminerò – che pur valorizzando un dato di carattere sostanziale (relativo al contenuto materiale delle fonti internazionali), questa ricostruzione rimane comunque complessivamente di natura *formale* dato che individua una specifica *base legale positiva* del trattamento differenziato di certe fonti internazionali e, di conseguenza, dell'interpretazione costruttiva in una disposizione costituzionale. Per questa ragione, la dottrina in questione non abbandona il solco della tradizione positivista e le premesse comunemente accettate del metodo giuridico.

Da questo punto, peraltro, discendono anche alcune importanti conseguenze pratiche. In linea di massima, infatti, la riconduzione all'art. 2 Cost. del *dovere di interpretazione costruttiva* – e dunque la sua fondazione nell'ordinamento costituzionale positivo interno – comporta sia la possibilità di «diversi apprezzamenti da parte di giudici

⁵⁶ G. ROLLA, *L'influenza delle Carte sovranazionali sulla configurazione legale dei diritti e i lineamenti del sistema di giustizia costituzionale*, in *Politica del diritto*, 2-3, 2012, 194.

⁵⁷ In letteratura la specificazione è in genere funzionale a riferire la dottrina in esame anche alla Dichiarazione universale dei diritti umani (e Carte analoghe), che in quanto risoluzione ONU formalmente non vincola l'Italia ai sensi dell'art. 117 Cost. Sul punto *cf.* espressamente E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Diritto pubblico*, 3, 2013, 742.

⁵⁸ *Cfr.* N. CANZIAN e E. LAMARQUE, *Due pesi e due misure. I Trattati internazionali sui diritti umani e gli “altri” obblighi internazionali secondo i giudici italiani*, in *Rivista AIC*, 3, 2020, 394; F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 493; G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di “copertura” costituzionale “a più facce”*, in *Politica del diritto*, 3, 1997, 368 ss. Per un'analisi dell'adesione a questa dottrina da parte della giurisprudenza costituzionale più risalente D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra corti nazionali e corte europee di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2012, 76 ss.

⁵⁹ Si tratta, come noto, della lettura sviluppata in seno alla Scuola bolognese, divenuta ormai assolutamente pacifica, di A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, 102 e F. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1967, 1099. Collega più di recente espressamente questa lettura dell'art. 2 con le fonti internazionali 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*, Bologna, Il Mulino, 2007, 62 ss.

⁶⁰ *Cfr.* E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Diritto pubblico*, 3, 2013, 738 e, per una ricostruzione dell'utilizzo dell'art. 2 in questo senso, 739-743.

nazionali e sovranazionali sull'estensione concreta di un dato diritto della persona» sia che, in «ipotesi in cui l'affermazione di un diritto produca correlativamente una riduzione di tutela di un altro diritto, o di altro interesse rilevante dal punto di vista costituzionale» appartenente al «nucleo duro rappresentato dai c.d. controlimiti», il rinvio e il corrispettivo obbligo interpretativo potrebbe non operare⁶¹.

Nella più recente giurisprudenza costituzionale che riconosce espressamente un valore interpretativo alle fonti internazionali indipendentemente dalla loro capacità formale di vincolare il legislatore ai sensi dell'art. 117 Cost.⁶², la Corte non fa in genere riferimento espresso all'art. 2 Cost. quale fondamento delle sue operazioni ermeneutiche. Ciononostante, questo paradigma risulterebbe astrattamente *in grado di giustificare* tali orientamenti.

2.2.1. *La teoria dell'ordine "intercostituzionale" di Antonio Ruggeri e altre teorie ultrapositive a essa similari*

Il secondo paradigma riconducibile alla teoria dell'interpretazione accreditatosi in letteratura nel corso dell'ultimo ventennio è la teoria sviluppata da Antonio Ruggeri⁶³.

Questa teoria si caratterizza per rifiutare completamente la possibilità di pensare i rapporti tra ordinamenti secondo schemi formali-astratti e relazioni di gerarchia e per proporre una loro concezione alternativa tutta incentrata sul *Grundwert* della *massimizzazione della tutela in ogni singolo caso concreto*⁶⁴.

Da tale impostazioni teorica derivano, per quanto qui interessa, le seguenti conseguenze:

1) i contrasti tra fonti costituzionali e convenzionali sono, per definizione, conflitti soltanto apparenti, sempre risolvibili mediante un'attività interpretativa finalizzata ad

⁶¹ F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 494.

⁶² Per i riferimenti v. *supra* note nn. 5 e 6.

⁶³ Nell'ambito di una produzione scientifica sterminata sul punto a partire da A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo 'intercostituzionale'*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2001, 544 ss. v. almeno ID., *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Politica del Diritto*, 1, 2010, 3 ss.; ID., *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *Rivista AIC*, 2010, 1 ss.; ID., *Prospettiva prescrittiva prospettiva descrittiva nello studi o dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU (oscillazioni e aporie di una costruzione giurisprudenziale e modi del suo possibile rifacimento, al servizio dei diritti fondamentali)*, in *Rivista AIC*, 3, 2012, 1 ss.; ID., *Lo Stato costituzionale e le sue «mutazioni genetiche»*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2014, 837 ss.; ID., *Primato del diritto sovranazionale 'versus' identità costituzionale?*, in *Lo stato*, 4, 2016, 47 ss.; ID., *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in *Freedom, security & justice*, 2, 2019, 35 ss.; ID., *Comparazione giuridica, dialogo tra le corti, identità "intercostituzionale"*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2, 2022, 1 ss.; ID., *Teoria della Costituzione, identità costituzionale e salvaguardia dei diritti fondamentali*, in *Diritti Fondamentali*, 3, 2022, 1 ss.

⁶⁴ Cfr. da ult. A. RUGGERI, *Comparazione giuridica, dialogo tra le corti, identità "intercostituzionale"*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2, 2022, 7-8. Sul "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti, anche in riferimento alle prospettive aperte dal Prot. n. 16 CEDU, v. in part. A. RANDAZZO, *Il "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Diritti Fondamentali*, 2, 2020, 658 ss.

armonizzarne i rispettivi significati su quello che garantisce la *massima protezione possibile* dell'interesse tutelato (cosiddetta *interpretazione circolare*)⁶⁵;

2) non è possibile determinare *a priori* la soluzione idonea a garantire tale risultato poiché essa dipende dalle circostanze del caso concreto⁶⁶;

3) i casi dubbi non possono essere risolti ricorrendo a criteri di preferenza gerarchico-sostanziale (ad. es. predominio assiologico della Costituzione, primato del diritto internazionale, ecc.), ma la loro esatta soluzione è raggiunta attraverso un dialogo tra giudici aperto alla *considerazione e accomodamento ragionevole delle ragioni altrui* (cosiddetto *bilanciamento delle interpretazioni*)⁶⁷.

Il fondamento dell'intera teoria dell'ordine "intercostituzionale" è individuato da Ruggeri nell'idea che i cataloghi di diritti contenuti nelle Costituzioni europee e nelle Carte dei diritti sovranazionali e internazionali siano in definitiva riconducibili a un unico e comune principio filosofico-politico⁶⁸. Di conseguenza, in una prospettiva espressamente definita assiologico-sostanziale, non solo è impossibile trattare differentemente i materiali normativi provenienti da queste fonti, ma è anche necessario perseguire la convergenza degli esiti interpretativi (nella logica della *circolarità ermeneutica*) o, comunque, un'interpretazione unitaria che tenga conto di posizioni inconciliabili laddove esse siano ormai consolidate nella pratica (nella logica del *bilanciamento ragionevole delle interpretazioni*)⁶⁹.

Nella letteratura sono presenti anche altre ricostruzioni simili che condividono gli elementi essenziali della teoria appena descritta⁷⁰, ossia – astruendo al massimo – l'assunzione di un *punto di vista esterno a uno specifico ordinamento giuridico* coincidente con il *punto di vista dei diritti*⁷¹ e la conseguente valorizzazione del ruolo del giudice quale soggetto istituzionalmente competente a individuare la norma *concretamente applicabile al caso*⁷².

⁶⁵ Cfr. A. RUGGERI, ID., *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *Rivista AIC*, 2010, 17-18.

⁶⁶ Così, in termini rimasti sostanzialmente invariati, da *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Politica del Diritto*, 1, 2010, 32 ss.

⁶⁷ Il concetto richiama fundamentalmente, mi sembra, il paradigma discorsivo sviluppato da J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* (1996), trad. it. L. Ceppa, Milano, Feltrinelli, 2008, 53 ss., applicandolo al dialogo tra Corti.

⁶⁸ Cfr. espressamente A. RUGGERI, ID., *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *Rivista AIC*, 2010, 13.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ V. ad es. E. SCODITTI, *Articolare le Costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2004, 189 ss.; ID., *Corti e carte dei diritti: il diritto come potenzialità*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2013, 379 ss.

⁷¹ Utilizzo l'espressione comprensiva di V. ONIDA, *Adottare il "punto di vista" dei diritti fondamentali*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, G. Giappichelli, 2007, 177-179.

⁷² In termini generali si può dire che questo genere di teorie rimettono non a una fonte ma al singolo giudice l'individuazione della *norma di riconoscimento* (in applicazione di criteri ultralegali come la

La critica principale mossa alla teoria di Ruggeri, che può essere peraltro estesa anche alle altre teorie che ne condividono i presupposti, è che essa risulta priva di una giustificazione teorica⁷³ e politica⁷⁴ compatibile con le premesse giuspositivistiche che tuttora fondano il metodo giuridico. In altre parole, queste critiche mirano a evidenziare come la teorizzazione dell'esistenza di un sistema legale integrato dotato di un fondamento metagiuridico comporti l'inammissibile conseguenza di svuotare le decisioni politiche che hanno dato origine agli ordinamenti effettivamente vigenti, anticipando gli effetti di ipotetiche decisioni politiche future che, per quanto auspicabili, non sono ancora state compiute⁷⁵.

La seconda critica rinvenibile in letteratura riguarda l'estrema genericità dei criteri che dovrebbero in concreto orientare l'opera di armonizzazione delle interpretazioni (dignità dell'uomo, massimizzazione delle tutele, ecc.), i quali – occultando la naturale presenza di controinteressi all'estensione del contenuto dei diritti – si tradurrebbero, in sostanza, in deleghe di bilanciamento⁷⁶ ai giudici senza chiari punti di riferimento né regole del conflitto predeterminate⁷⁷.

In linea con l'impostazione oggettivista-cognitivista di fondo di queste teorie, le risposte ultime a tali critiche sono di stampo sostanzialmente naturalistico: il fondamento morale dei meta-criteri ermeneutici propugnati può, cioè, essere intuito come giusto dagli operatori⁷⁸ e ogni caso avrebbe già in sé la regola della propria soluzione⁷⁹.

A prescindere dalla valutazione del merito di queste obiezioni e delle loro risposte, quello che rileva ai fini della presente ricerca è che questo secondo filone di dottrine riconducibili alla teoria dell'interpretazione è certamente *idoneo a giustificare un atteggiamento integrazionista* della Corte costituzionale, ma *solo a condizione* che si ammetta – sul piano della metodologia giuridica – la possibilità di *rifiutare i presupposti minimi del positivismo giuridico come metodo*⁸⁰ (riassumibili nella formula scarpelliana

massimizzazione della tutela). Chiarisce bene questo punto E. SCODITTI, *Corti e carte dei diritti: il diritto come potenzialità*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2013, 396.

⁷³ V. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorso di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020, 83.

⁷⁴ In riferimento alla CEDU v. spec. C. CARUSO, *Il "posto" dell'interpretazione conforme alla CEDU*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 4, 2018, 1997.

⁷⁵ Così A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, 1, 2018, 155 in riferimento all'ordinamento UE, ma con un'argomentazione valida *a fortiori* per la CEDU.

⁷⁶ Sulla nozione v. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, 378.

⁷⁷ Per tutti v. R. BIN, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, Franco Angeli, 2018, 63 ss. e, con specifico riferimento alla materia penale, 66.

⁷⁸ Così letteralmente da ult. A. RUGGERI., *Teoria della Costituzione, identità costituzionale e salvaguardia dei diritti fondamentali*, in *Diritti Fondamentali*, 3, 2022, 17 («questo che è un naturale preorientamento dell'attività posta in essere al servizio dei diritti [...] costituisce [...] una sorta di moto spontaneo dell'animo»).

⁷⁹ Cfr. E. SCODITTI, *Corti e carte dei diritti: il diritto come potenzialità*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2013, 394 («Il giudice costituzionale segue la regola di fatto, e non di diritto, perché sta seguendo la regola che corrisponde allo strato di roccia su cui la vanga si piega, direbbe Wittgenstein. Si tratta di una capacità che gli deriva dalla collocazione, quindi, al livello della forma di vita in senso wittgensteiniano»).

⁸⁰ V. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1962), Urbino, Editori Laterza, 2011, 88.

della necessaria adozione del *punto di vista interno*)⁸¹, riaprendo la scienza giuridica a nuove forme di giusnaturalismo razionalistico.

3. *L'integrazione ordinamentale in materia penale nella prassi della giurisprudenza costituzionale. Termini del problema e struttura dell'analisi*

Al fine di mettere in relazione i paradigmi appena ricostruiti con la prassi della più recente giurisprudenza costituzionale in materia penale è ora necessario offrire una sintetica ricostruzione anche di quest'ultima.

In linea con le premesse della ricerca enunciate all'inizio di questa Parte, l'analisi non riguarderà in generale l'impatto della Convenzione penale sull'ordinamento interno per mezzo della Corte costituzionale⁸², ma soltanto l'influenza che essa spiega *direttamente* sull'evoluzione del diritto costituzionale vivente. In altre parole, l'indagine mira a descrivere in quali modi ed entro quali limiti il diritto EDU abbia inciso sull'*interpretazione della stessa Costituzione* da parte della Corte e, dunque, a descrivere l'attuale *stato dell'integrazione ordinamentale Costituzione-CEDU* in materia penale.

Se si guarda a questo fenomeno nel suo complesso, il livello di integrazione ordinamentale non appare in realtà uniforme in relazione a tutti gli aspetti considerati dall'ultima giurisprudenza costituzionale sulla punizione. In particolare, possono distinguersi almeno tre diversi gradi di integrazione, che indico come 1) *integrazione totale e aproblematica*; 2) *integrazione parziale e problematica*; 3) *integrazione mancata o autonomia*.

In questo paragrafo descriverò ciascuno di questi gradi di integrazione attraverso l'analisi di alcuni casi studio significativi connessi, rispettivamente, 1) ai contenuti del principio di legalità; 2) al principio del *ne bis in idem* e 3) all'ambito di applicazione delle garanzie penalistiche (ossia alle nozioni di materia penale).

Nel paragrafo 4 procederò quindi alla loro discussione critica, cercando sia di vagliare la loro giustificabilità rispetto ai paradigmi teorici generali relativi ai rapporti tra Costituzione e CEDU sia di indicare quali motivi potrebbero spiegare, nella prospettiva del diritto costituzionale italiano, un'integrazione ordinamentale non uniforme.

3.1. *L'integrazione totale e aproblematica del contenuto dei corrispondenti diritti costituzionali e convenzionali connessi al principio di legalità penale*

Il grado maggiore di integrazione interordinamentale in materia penale si registra attualmente in relazione al contenuto del principio costituzionale del *nullum crimen sine lege*⁸³. In quest'ambito, l'integrazione si sostanzia in particolare in una tendenza ormai consolidata nella giurisprudenza della Corte a un'armonizzazione pressoché totale dell'interpretazione dell'art. 25 Cost. con quella del corrispondente art. 7 CEDU.

⁸¹ Il riferimento è sempre a U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Rivista diritto processuale*, 4, 1971, 561 ss.

⁸² Sul tema in generale v. *supra* Parte I, par. 10 e, in particolare, v. bibliografia già citata in nota n. 353.

⁸³ Nello stesso senso v. già V. MANES, "*Common law-isation del diritto penale*"? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cassazione penale*, 3, 2017, 956 ss.

In termini generali e al fine di inquadrare sistematicamente la questione, si può dire che tale armonizzazione è consistita nella progressiva valorizzazione dell'aspetto *garantistico* del principio costituzionale di legalità penale⁸⁴ nell'ottica soggettivistica – tipicamente convenzionale – della *necessaria prevedibilità della punizione*⁸⁵. Nella misura in cui questo processo di integrazione ha comportato un rafforzamento del sindacato del giudice costituzionale e una valorizzazione del ruolo del giudice comune al fine del rispetto degli standard di legalità-prevedibilità⁸⁶, esso è stato fortemente criticato dalla dottrina più tradizionale per il suo effetto di potenziale neutralizzazione dell'aspetto *democratico* dell'art. 25 Cost. Lo squilibrio risultante tra aspetto garantistico e democratico del principio di legalità penale sarebbe infatti per i critici incompatibile o, comunque, assai problematico rispetto alla tenuta del principio di separazione dei poteri⁸⁷.

Le sentenze relative all'estensione dell'applicabilità dell'art. 25 Cost. alle sanzioni formalmente amministrative che ho già analiticamente descritto nell'Introduzione⁸⁸ sono un primo esempio molto importante di questa tendenza.

Nell'Introduzione ho ricostruito queste sentenze prevalentemente in termini oggettivi di rideterminazione dell'ambito di applicazione delle garanzie penalistiche quale sintomo dell'emersione di una nuova nozione costituzionale di materia penale. In dottrina, tuttavia, è stato già chiaramente indicato che quelle pronunce rappresentano anche un diretto precipitato del riequilibrio tra aspetti garantistici e democratici del principio di legalità costituzionale⁸⁹ e, dunque, dell'adesione a una prospettiva ermeneutica ispirata alle logiche soggettivistiche convenzionali di garanzia della *libera autodeterminazione individuale*⁹⁰. In effetti, il legame tra estensione delle garanzie

⁸⁴ Si tratta, del resto, di una tendenza non solo italiana (v. al riguardo J. SILVA SANCHEZ, *Sullo stato della legalità penale*, in A.M. STILE, S. MANACORDA e V. MONGILLO (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 181 ss.) e – nel contesto italiano – comunque non limitata al settore penale (cfr. G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatali*, Torino, G. Giappichelli, 2019, 133 ss. e 247ss.).

⁸⁵ Sulla legalità penale come prevedibilità v. per tutti S. PAIUSCO, *Nullum Crimen Sine Lege, the European Convention on Human Rights and the Foreseeability of the Law*, Munich, Nomos, 2021, 148 ss. e già, anche, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 1-43 ora in C.E. PALIERO *et. al.* (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 213-265 e C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè, 2010, 84 ss.

⁸⁶ Da ult. sul tema, con approfondimento monografico, v. A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, G. Giappichelli, 2022, 91 ss.

⁸⁷ Al riguardo con alcune differenze argomentative ma, mi sembra, sostanziale convergenza di vedute v. G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 84 ss. e spec. 86; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 322 ss.; G. INSOLERA, *Dogmatica e orientamento della giurisprudenza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 3 ss.

⁸⁸ V. *supra* Introduzione, par. 2.1.

⁸⁹ Cfr. A. MORRONE, *Interpretazione nomopoietica. Nota alla sent. n. 68 del 2021*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2022, 880 che sottolinea come il nuovo orientamento della Corte «bypass[a] il Parlamento quale sede di prima determinazione [...] delle garanzie sostanziali del sistema sanzionatorio».

⁹⁰ Cfr. V. MANES e F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Sistema Penale*, 2020, 5 e 7.

penalistiche connesse al principio di legalità ed *esigenza soggettiva di prevedibilità* della sanzione (di matrice internazionale) è stato espressamente sottolineato anche dalla Corte costituzionale quando ha affermato che «*al diritto sanzionatorio amministrativo [...] si estende [...] la fondamentale garanzia di irretroattività sancita dall'art. 25, secondo comma, Cost., interpretata anche alla luce delle indicazioni derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani [siccome] anche rispetto alle sanzioni amministrative a carattere punitivo si impone [...] la medesima esigenza, di cui tradizionalmente si fa carico il sistema penale in senso stretto, di non sorprendere la persona con una sanzione non prevedibile al momento della commissione del fatto*»⁹¹.

Un altro esempio molto recente e particolarmente significativo della tendenza a inserire il materiale normativo proveniente dall'ordinamento EDU «non già nella trama offerta dalla dottrina del [...] “parametro interposto” (art. 117/1 Cost.), ma direttamente nell'ordito dell'art. 25/2 Cost.»⁹² è rappresentato dalla sent. n. 32 del 2020 in materia di necessaria irretroattività di norme modificative della natura della pena.

In questo caso, invero abbastanza noto, la Corte ha dichiarato che l'art. 25 Cost. osta all'applicazione retroattiva⁹³ di norme che aggravano le condizioni di accesso a misure alternative alla detenzione o benefici penitenziari, incidendo sulla libertà personale dei condannati⁹⁴. La specifica questione di costituzionalità riguardava, in particolare, la possibilità per i giudici di applicare il regime ostativo introdotto per alcuni reati contro la pubblica amministrazione dalla legge n. 3 del 2019 a condannati per fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

In linea con l'idea consolidata, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che le norme relative all'esecuzione penale fossero norme di carattere processuale, la loro successione nel tempo è difatti sempre stata regolata – in assenza di diverse disposizioni di diritto intertemporale – dal principio di *tempus regit actum*⁹⁵. La stessa Corte costituzionale, peraltro, aveva in passato contribuito al consolidamento di questo orientamento ammettendo con la sent. n. 273 del 2001 che una modifica della disciplina

⁹¹ Corte cost., sent. n. 223 del 2018, cons. dir. 6.1 (corsivi aggiunti); in letteratura propongono una lettura complessiva del fenomeno dell'estensione delle garanzie riconducibile a questo approccio che parte dal contenuto dei diritti e delle loro *rationes* i sostenitori della nozione costituzionale differenziata di materia penale su cui v. *supra* cap. I, par. 3.2.1.

⁹² V. MANES e F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Sistema Penale*, 2020, 7.

⁹³ Utilizzo questa espressione per sottolineare che come in Corte cost., sent. n. 68 del 2021 (su cui v. *supra* Introduzione, par.2.3) anche in questo caso il dispositivo – per la parte che qui rileva – riguarda «l'art. 1, comma 6, lettera b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019» (corsivo aggiunto).

⁹⁴ *Cfr.* Corte cost., sent. n. 32 del 2020, cons. dir. 4.

⁹⁵ Sul tema v. giurisprudenza comune indicata in Corte cost., sent. n. 32 del 2020, cons. dir. 4.1.2 ss.; in letteratura per tutti A. PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 1067.

delle condizioni di accesso alla liberazione condizionale in senso sfavorevole ai condannati fosse applicata retroattivamente⁹⁶.

Trascorsi da allora circa vent'anni, la Corte della sent. 32 del 2020 considera invece necessaria una «complessiva rimediazione della tematica»⁹⁷. Al di là della portata storica della decisione per il settore dell'esecuzione penale⁹⁸, ciò che rileva ai fini di questa ricerca è che l'*overruling* sia stato giustificato nella sentenza – oltre che a partire da alcuni indici relativi a prassi legislative di disporre norme di diritto intertemporale e nuovi indirizzi della giurisprudenza di legittimità⁹⁹ – soprattutto in ragione dei «recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte EDU sull'estensione della garanzia dell'art. 7 CEDU, con riferimento almeno a talune modifiche *in peius* del regime dell'esecuzione delle pene; recenti sviluppi che l'ordinamento italiano non può del resto ignorare»¹⁰⁰. Il punto fondamentale da sottolineare è che tali sviluppi non rilevano per la Corte ai fini della valutazione di compatibilità della norma interna con l'art. 117 Cost. in relazione all'art. 7 CEDU, ma direttamente per quello di determinare «la portata del divieto di retroattività sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., in relazione alla disciplina dell'esecuzione della pena»¹⁰¹. Per quest'operazione ermeneutica la motivazione *non* indica alcuna *base di legittimazione formale*, ma, piuttosto, essa appare giustificata per il giudice costituzionale dalla considerazione sostanziale che l'uno e l'altro articolo condividono la medesima *ratio* consistente, essenzialmente, nel garantire all'individuo “libere scelte di azione” mediante la prevedibilità delle conseguenze giuridiche di certi fatti e nel separare i poteri di predeterminare le punizioni e applicarle, quale cardine dello stato di diritto¹⁰².

Un'ultima e ulteriore conferma del grado di integrazione raggiunto in relazione al contenuto dei diritti connessi al principio di legalità penale pare infine offerto da una recentissima pronuncia sulla applicabilità del principio della *lex mitior* all'incameramento

⁹⁶ V. Corte cost., sent. n. 273 del 2001 sulla collaborazione della giustizia in funzione di requisito di accesso alla liberazione condizionale.

⁹⁷ Corte cost., sent. n. 32 del 2020, cons. dir. 4 e, sul carattere non vincolate dei propri precedenti, spec. 3.6 («atteso che – anche ad ammettere che vi sia perfetta coincidenza tra le questioni ora sollevate e altre già decise in passato – nulla vieta a questa Corte di riconsiderare i propri stessi orientamenti interpretativi»).

⁹⁸ Cfr. nello stesso V. MANES e F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Sistema Penale*, 2020, 6 e A. GARGANI, *L'estensione 'selettiva' del principio di irretroattività alle modifiche in pejus in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione 'storica'*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2012, 265.

⁹⁹ V. Corte cost., sent. n. 32 del 2020, cons. dir. 4.2.2.

¹⁰⁰ Corte cost., sent. n. 32 del 2020, cons. dir. 4.2.3. Nel punto successivo della motivazione, a conferma dell'approccio fortemente internazionalistico, la Corte afferma addirittura che: «le conclusioni cui è recentemente pervenuta la Corte EDU trovano significative conferme nella giurisprudenza di altre corti e nella legislazione di altri Paesi», riportando giurisprudenza conforme delle Corti Suprema USA e canadese, nonché principi di legislazione penale francese. Sull'uso di giurisprudenza straniera nella motivazione delle sentenze costituzionali quali tendenza emergente nelle giurisdizioni supreme europee v. per tutti M. CARTABIA, *Diritti, giudizi e conflitti*, in *Ars interpretandi*, 1, 2015, 35; per una descrizione analitica generale del c.d. dialogo tra Corti che prende specificamente in considerazione la funzione di quest'uso di precedenti stranieri quale costruttore di significati v. L. MARCHETTONI, *Dialogo fra corti e judicial borrowing. Una prospettiva inferenzialista*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2015, 149 ss.

¹⁰¹ Corte cost., sent. n. 32 del 2020, cons. dir. 4.3.

¹⁰² Così Corte cost., sent. n. 32 del 2020, cons. dir. 4.3.1.

della garanzia provvisoria prevista dal codice dei contratti pubblici¹⁰³. In questo caso alla decisione della questione di specie – dipendente dalla possibilità di qualificare come punitiva la misura¹⁰⁴ – la Corte premette difatti un esame comparativo dei contenuti del diritto all'applicazione della legge penale più favorevole rispetto a ciascuna Carta dei diritti, la cui conclusione è, letteralmente, che «il [...] significato [dell'art.7 CEDU] converge con quello tratto dalla Costituzione e dall'art. 49 CDFUE nel delineare un assetto di tutela omogeneo»¹⁰⁵. In questo caso, a essere saldati insieme sono gli artt. 3 Cost. e 7 CEDU, ma la logica è chiaramente la medesima.

Peraltro, le conclusioni che queste sentenze indicano in termini di integrazione non sembrano essere messe realmente in discussione nemmeno dalla nota sent. n. 230 del 2012, frequentemente citata dagli studiosi più critici dell'evoluzione della legalità penale secondo l'indirizzo EDU¹⁰⁶. Secondo queste ricostruzioni, difatti, nell'escludere l'incostituzionalità della mancata applicazione della revoca della sentenza di condanna per *abolitio criminis* al mutamento giurisprudenziale con effetto sostanzialmente abrogativo, la Corte avrebbe in quel caso individuato un limite massimo al processo di integrazione Costituzione-CEDU costituito dall'impossibilità di equiparare la “legge” alla “giurisprudenza”. Tale limite sarebbe in particolare costituito dalla «riserva di legge in materia penale, di cui allo stesso art. 25, secondo comma, Cost. [e dal] principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge» per cui «al pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può, infatti, dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*)»¹⁰⁷.

Ci sono tuttavia varie ragioni per ridimensionare la portata attribuita dai critici a questo passaggio: 1) esso è un'affermazione fatta non in generale, ma nell'ambito di un ragionamento teso a valutare l'applicabilità del principio della *lex mitior* e, dunque, la ragionevolezza della decisione del legislatore di trattare diversamente l'*abolitio criminis* legislativa da quella giurisprudenziale; 2) rispetto alla valutazione relativa al parametro convenzionale (art. 7 CEDU) esso costituisce un mero *obiter* dato che la decisione di infondatezza deriva dal riconoscimento dell'assenza di un obbligo convenzionale – allo stato di sviluppo del diritto EDU – di applicare retroattivamente il mutamento

¹⁰³ Corte cost., sent. n. 198 del 2022. Sia il d.lgs. n. 163 del 2006 sia il d.lgs. n. 50 del 2016 prevedono, infatti, l'obbligo per chi intenda concorrere a gare pubbliche di prestare una garanzia sotto forma di cauzione o di fideiussione. La questione di costituzionalità deriva, in sintesi, dal fatto che la nuova disciplina limita l'escussione della garanzia alla sola ipotesi in cui l'aggiudicatario non sottoscrive il contratto per fatto a esso imputabile (art. 93, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016), mentre la precedente prevedeva l'escussione anche in tutti i casi di esito negativo della verifica dei requisiti speciali dichiarati dai concorrenti (art. 48, d.lgs. n. 163 del 2006).

¹⁰⁴ Tratterò più nel dettaglio i contenuti di questa pronuncia *infra* Conclusione, par. 2.1.2.

¹⁰⁵ Corte cost., sent. n. 198 del 2022, cons. dir. 7.3.

¹⁰⁶ V. ad es. N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 323-325.

¹⁰⁷ Corte cost., sent. n. 230 del 2012, cons. dir. 11.

giurisprudenziale *in bonam partem*¹⁰⁸; 3) peraltro, quanto al possibile conflitto tra un simile dovere e l'art. 25 Cost., la Corte espressamente afferma di svolgere il suo ragionamento «indipendentemente [...] dalla verifica di compatibilità con il principio della riserva di legge, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.»¹⁰⁹; 4) quanto, infine, a tale possibile profilo di contrasto, un ipotetico dovere convenzionale di revoca delle sentenze di condanna per sopravvenuta *abolitio criminis* giurisprudenziale (fermi restando gli immaginabili problemi applicativi)¹¹⁰ non sembrerebbe realmente danneggiare l'aspetto democratico dell'art. 25 Cost., se non su un piano meramente dogmatico-simbolico¹¹¹: esso muoverebbe infatti dal riconoscimento che gli individui si affidano oggi al diritto vivente tanto quanto al precetto legislativo¹¹² nelle loro valutazioni in ordine alle possibili conseguenze giuridiche negative delle proprie azioni, senza in alcun modo rimettere in discussione, in punto di principio, né la soggezione del giudice alla legge (il diritto vivente deve comunque essere compatibile con il precetto legislativo) né l'esigenza di determinatezza della fattispecie (il precetto deve già in astratto rispettare gli standard costituzionali di tassatività, oltre a dover essere concretamente applicato in modo prevedibile)¹¹³.

¹⁰⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, cons. dir. 7. Sottolineano questo punto, minimizzando la portata generale attribuibile all'affermazione sopra riportante, anche V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3-4, 2012, 173 e O. MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2012, 3466-3467.

¹⁰⁹ Corte cost., sent. n. 230 del 2012.

¹¹⁰ Ne dà conto G.U. RESCIGNO, *Intorno a interpretazione, interpretazioni vincolanti, mutamenti di interpretazione della Corte di Cassazione di disposizioni penali incriminatrici, principio della lex mitior in diritto penale e sentenze penali di condanna definitive*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2012, 3818 ss. indicando infine come possibile soluzione preferibile per un'eventuale applicazione del principio di retroattività della *lex mitior* in casi di mutamento giurisprudenziale la revisione del giudicato penale (630 cod. proc. pen.) piuttosto che la revoca della sentenza di condanna (673 cod. proc. pen.).

¹¹¹ Insiste sulla necessità di una verifica in concreto, tra i commentatori, anche F. COLOMBI, *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra Costituzione e Cedu: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di Corte cost. sent. 8 ottobre 2012, n. 230*, in *Rivista AIC*, 3, 2013, 22-24. Nel merito, esclude espressamente che la tutela delle esigenze garantistiche connesse a un mutamento giurisprudenziale *in malam partem* (pur non realizzabili mediante la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 673 cod. proc. pen.) possa dirsi di per sé in contrasto con l'art. 25 Cost. V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2012, 3481. Più in generale, sottolineava la possibilità dei principi connessi alla legalità penale di applicarsi (come di non applicarsi) al diritto giurisprudenziale come a quello legislativo già L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, 572.

¹¹² Sotto questo specifico profilo segnala una convincente incoerenza della Corte che, per prima, riconosce ormai valore normativo al diritto vivente ai fini del sollevamento di questioni di legittimità costituzionale A. GARGANI, *L'estensione 'selettiva' del principio di irretroattività alle modifiche in pejus in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione 'storica'*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2012, 268, nota n. 16. Per un'analisi aggiornata del presupposto di questa critica – confermato nell'ultimo decennio – v. da ult. B. SBORO, *Alcuni aggiornamenti sul ruolo del diritto vivente nella giurisprudenza costituzionale*, in corso di pubblicazione in *Quaderni costituzionali*, 2023.

¹¹³ V., più in generale, nello stesso senso F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 43, dove si chiarisce che «la prospettiva che anima questo contributo non è, allora, quella di un abbassamento degli standard di garanzia,

Nel complesso, pertanto, rispetto al contenuto dei diritti connessi al principio di legalità della pena si può concludere che nell'ultimo decennio la giurisprudenza costituzionale ha utilizzato il diritto EDU per *supportare interpretazioni evolutive dei parametri interni* innalzando il livello di tutela sino a raggiungere lo standard individuato dalla Corte di Strasburgo. Nell'ambito di questo processo di armonizzazione delle interpretazioni non sono mai stati prospettati né fatti valere – esplicitamente o implicitamente – possibili limiti derivanti dal diritto costituzionale interno. Tutto ciò indica, mi sembra, un grado di integrazione sotto questo primo aspetto pressoché *totale e problematico*.

3.2. *L'integrazione parziale e più problematica del principio del ne bis in idem*

A conclusioni parzialmente diverse conduce l'analisi della giurisprudenza costituzionale riguardante il divieto di *ne bis in idem* in materia penale, che pure, come è ormai noto per la molta letteratura comparsa di recente sul tema¹¹⁴, si pone oggi sul confine tra legalità costituzionale interna e sovranazionale¹¹⁵.

Nella prospettiva del diritto costituzionale interno il *ne bis in idem* è sempre stato considerato dalla Corte costituzionale un principio senza disposizione ostativo alla possibilità per il potere pubblico di adottare una «molteplicità di decisioni nei riguardi della stessa persona e per lo stesso oggetto»¹¹⁶. Esso trova il proprio fondamento – per quanto riguarda nello specifico la materia penale – in una ragione di natura «sostanziale [...] per cui non è giusto che uno stesso fatto possa essere punito due volte [e su una seconda ragione di tipo] processuale, in funzione di esigenze non solo di giustizia ma anche di certezza giuridica»¹¹⁷. In particolare, per la Corte, il divieto di *bis in idem* rappresenta una garanzia per «l'individuo [che lo] sottra[e] alla spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto, [in assenza della quale] il contatto con l'apparato repressivo dello Stato, potenzialmente continuo, proietterebbe l'ombra della precarietà nel godimento delle libertà connesse allo sviluppo della personalità individuale, che si pone, invece, al centro dell'ordinamento costituzionale»¹¹⁸.

rispetto a quanto di solito insegnato nei manuali; bensì, proprio all'opposto, quella di un innalzamento di tali standard, attraverso il coinvolgimento e la responsabilizzazione diretta del potere giudiziario nell'attuazione di principi cruciali per un ordinamento giuridico che voglia fare sul serio con la tutela dei diritti umani». Proprio rispetto al principio affermato nella sent. n. 32 del 2020, Corte cost., sent. n. 17 del 2021, cons. dir. 4.3 ss. ha successivamente riconosciuto che esso non menoma la protezione degli aspetti connessi all'aspetto democratico dell'art. 25 Cost. (tra cui, oltre quelli indicati nel testo, anche la necessaria previsione da parte di fonte parlamentare).

¹¹⁴ Tra i lavori monografici recenti v. A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato: il doppio processo come pena*, Padova, CEDAM, 2022, spec. 264 ss. e N. MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo di insieme*, Padova, CEDAM, 2020

¹¹⁵ Oltre alle opere sopra citate per riferimenti aggiornati alla giurisprudenza convenzionale v. anche *supra* Parte I, par. 11.2.

¹¹⁶ Corte cost., sent. n. 773 del 1988, cons. dir. 4.

¹¹⁷ Corte cost., sent. n. 69 del 1976, cons. dir. 4 prima, *a contrario*, v. anche sent. n. 48 del 1967.

¹¹⁸ Corte cost., sent. n. 200 del 2016, cons. dir. 6.

A differenza della Costituzione, invece, la CEDU prevede esplicitamente all'art. 4 Prot. n. 7 il diritto di non essere perseguito o condannato due volte¹¹⁹.

In questa situazione di asimmetria dispositiva – in linea con la logica integrazionista con cui la giurisprudenza costituzionale si è approcciata alla tematica della legalità penale – la Corte ha inizialmente riconosciuto che «Costituzione e CEDU *si saldano*, dunque, nella garanzia che la persona già giudicata in via definitiva in un processo penale non possa trovarsi imputata per il medesimo fatto storico»¹²⁰.

Muovendo da tale premessa, in un caso in cui veniva chiesto di sindacare la compatibilità con l'art. 117 Cost. in riferimento all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU del diritto vivente che subordinava l'applicazione dell'art. 649 cod. proc. pen. all'accertamento del medesimo fatto giuridico (*idem legale*) invece che del medesimo fatto storico (*idem factum*), la Corte ha quindi potuto affermare che «l'intorbidamento della valutazione comparativa in forza di considerazioni sottratte alla certezza della dimensione empirica» (poiché riguardanti «sempre opinabili considerazioni sugli interessi tutelati dalle norme incriminatrici, sui beni giuridici offesi, sulla natura giuridica dell'evento, sulle implicazioni penalistiche del fatto»)¹²¹ non solo si pone in contrasto con il diritto EDU, ma viola «anche gli artt. 24 e 111 Cost., ai quali il principio del *ne bis in idem* va collegato in via generale»¹²².

Rispetto al *contenuto* della garanzia, dunque, si registra nella giurisprudenza della Corte una tendenza all'armonizzazione analoga a quella relativa all'art. 25 Cost., basata, cioè, sull'idea che il *ne bis in idem* riconosciuto dal «sistema della CEDU [valga] anche in base alla Costituzione repubblicana»¹²³.

L'integrazione tra dimensione costituzionale interna e sovranazionale appare tuttavia *assai più problematica* se da questo primo profilo si passa a considerare quello relativo all'*ambito di applicazione* della garanzia¹²⁴. Sotto questo secondo aspetto sono

¹¹⁹ Questo articolo prevede: «1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State. 2. The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case». In generale sull'art. 4 Prot. n. 7 v. B. VAN BOCKEL, *Right not to be Tried or Punished Twice*, in P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN e L. ZWAAK (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2018, 981 ss.

¹²⁰ Corte cost., sent. n. 200 del 2016, cons. dir. 7.

¹²¹ Corte cost., sent. n. 200 del 2016, cons. dir. 6.

¹²² Corte cost., sent. n. 200 del 2016, cons. dir. 7 (corsivo aggiunto).

¹²³ Corte cost., sent. n. 200 del 2016, cons. dir. 11. In senso conforme *cf.* sent. n. 145 del 2020, cons. dir. 5.2. Tra i commentatori sottolinea il carattere "integrato" del principio anche E. MALFATTI, *La Corte torna sul divieto di bis in idem con una singolare interpretativa di rigetto. A margine della sentenza n. 145/2020*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 229-230.

¹²⁴ Utilizzo questi due termini consapevole che si tratta di concetti definiti in modo stipulativi e che, nella sostanza, *contenuto* e *ambito di applicazione* di un diritto possono talora confondersi. Mediante questa distinzione intendo però distinguere tra aspetti che riguardano le facoltà e i limiti all'esercizio di poteri pubblici derivanti dal riconoscimento di un diritto (contenuto) e aspetti che riguardano la riferibilità di tali facoltà e limiti a particolari situazioni e poteri dotate di particolari qualificazioni giuridico-formali. Ad

individuabili nella giurisprudenza della Corte due distinti momenti di aperta rivendicazione di un *certo margine di autonomia dell'ordinamento nazionale* da quelli internazionali e sovranazionali: il primo è relativo all'applicabilità del *ne bis in idem* a sanzioni penali comminate da giurisdizioni estere; il secondo, assai più attuale, all'applicabilità del principio a sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali (ai fini dell'applicazione del diritto EDU). Dato che le due prese di posizioni mi sembrano in qualche modo assimilabili nelle loro ragioni ultime e, dunque, che l'analisi della prima possa offrire alcuni elementi di riflessioni utili all'analisi della seconda, le esaminerò brevemente entrambe.

La prima di queste questioni è stata affrontata nella risalente sent. n. 48 del 1967, in cui la Corte era stata chiamata a valutare se la Costituzione ostasse all'avvio di un secondo processo penale per i medesimi fatti a carico di due cittadini tedeschi già condannati in Germania per alcuni reati commessi in territorio italiano. Per il giudice rimettente, in particolare, l'avvio di un secondo processo sarebbe stato contrario a una consuetudine internazionale recepita automaticamente ai sensi dell'art.10 Cost. in quanto principio «comune a tutti gli ordinamenti giuridici statali»¹²⁵.

La Corte, tuttavia, ha escluso che una simile norma esistesse allo stato di sviluppo del diritto internazionale, rilevando come, al contrario, la maggior parte dei codici penali degli Stati esprimessero l'opposto principio di territorialità (in forza del quale ogni Stato ha sempre il potere di punire fatti compiuti nel suo territorio). A supporto della propria posizione il giudice costituzionale – e questo è il passaggio più rilevante – affermava che, pur potendosi senz'altro «auspicare per il futuro l'avvento di una forma talmente progredita di società di Stati da rendere possibile, almeno per i fondamentali rapporti della vita, una certa unità di disciplina giuridica e con essa una unità, e una comune efficacia, di decisioni giudiziarie», ben diversa fosse «la realtà attuale, dove la valutazione sociale e politica dei fatti umani, in ispecie nel campo penale, si manifesta con variazioni molteplici e spesso profonde da Stato a Stato[, e] ciò in conformità dei diversi interessi e dei variabili effetti e riflessi della condotta degli uomini in ciascuno di essi, con la conseguente tendenza a mantenere come regola, nell'autonomia dei singoli ordinamenti, il principio della territorialità»¹²⁶.

In altre parole, il riconoscimento di un'efficacia preclusiva di un secondo processo per i medesimi fatti a una sentenza penale emanata da un'autorità giudiziaria estera è per la Corte da escludere in quanto comportante l'*irragionevole frustrazione di ragioni ordinamentali* (connesse alla politica criminale perseguita da ciascuno Stato secondo le proprie condizioni) e, dunque, in definitiva, di interessi costituzionalmente rilevanti. La Corte non esclude che si potranno verificare, nel futuro, condizioni per cui anche l'applicazione del *ne bis in idem* a condanne da parte di autorità estere non comporterà

esempio, l'impossibilità di applicare retroattivamente una norma penale attiene al contenuto del diritto garantito dall'art. 7 CEDU; la possibilità di applicare tale regola a una norma qualificata come non penale attiene al suo ambito di applicazione.

¹²⁵ V. Corte cost., sent. n. 48 del 1967, rit. fatto.

¹²⁶ Corte. Cost. sent. 48 del 1967, cons. dir.

più conseguenze costituzionalmente inammissibili, ma valuta che nel momento della decisione simili «condizioni non sussist[a]no o non sussist[a]no in misura adeguata»¹²⁷.

Entro uno schema logico analogo possono fundamentalmente essere lette, a mio avviso, anche le più recenti decisioni relative all'applicabilità del *ne bis in idem* alle condanne per sanzioni formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali (ai fini dell'applicazione del diritto EDU). Come già ampiamente attestato in letteratura, difatti, l'adattamento della Corte al divieto convenzionale di doppia punizione è stato caratterizzato da varie cautele e assestamenti progressivi¹²⁸, rispondenti, mi pare, proprio a un'analogo esigenza di *evitare la totale frustrazione di esigenze punitive* espresse dall'ordinamento interno.

In sintesi, le principali fasi di questo processo di assestamento già piuttosto studiato sono le seguenti. Nel 2014 la sentenza *Grande Stevens* accerta l'invalidità della riserva apposta dall'Italia all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU ai sensi della quale tale articolo si sarebbe dovuto applicare esclusivamente alle sanzioni e ai processi formalmente qualificati come penali dalla normativa interna¹²⁹ e dichiara che punire due volte, in sede amministrativa e penale, una medesima condotta (nel caso di specie di manipolazione del mercato) rappresenta una violazione del diritto convenzionale¹³⁰.

Nel 2015 la Corte costituzionale limita, con la sent. n. 49, la vincolatività del diritto EDU a quello consolidato¹³¹ per escludere l'incostituzionalità dell'applicazione della confisca amministrativa per lottizzazione abusiva in assenza di una sentenza penale di condanna¹³². Pur non trattandosi formalmente di una questione di *ne bis in idem* processuale (essendo in questo caso il procedimento di irrogazione della sanzione penale e amministrativa accessoria il medesimo), la decisione della Corte muove comunque dalla necessità di evitare una paralizzazione del “binario punitivo” amministrativo rispondente primariamente allo specifico «interesse pubblico alla “programmazione edificatoria del territorio” [...] alla cui cura è preposta la pubblica amministrazione»¹³³.

¹²⁷ Corte. cost. sent. n. 48 del 1967, cons. dir.

¹²⁸ V. da ult. N. RECCHIA, *L'ennesima stagione del ne bis in idem nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo ubi consistam processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, in corso di pubblicazione, 2022.

¹²⁹ CEDU, *Grande Stevens and others* (2014) §§204 ss. Come noto, le riserve alla Convenzione e ai suoi Protocolli devono rispettare le condizioni di specificità previste dall'art. 57 CEDU, nel caso di specie non soddisfatte.

¹³⁰ CEDU, *Grande Stevens and others* (2014) §§219 ss.

¹³¹ V. *supra* par. 2.1.

¹³² *Cfr.* Corte cost., sent. n. 49 del 2015, cons. dir. 6.

¹³³ Corte cost., sent. n. 49 del 2015, cons. dir. 6. In letteratura, collegava le due questioni già F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Atti dell'incontro di studio su Il principio del ne bis in idem tra giurisprudenza europea e diritto interno*, 2014, 8, disponibili su https://www.cortedicassazione.it/cassazioneresources/resources/cms/documents/20140630_Ne_bis_in_idem.pdf.

Nel 2016 con *A. and B. v. Norway*¹³⁴ la Corte EDU attenua¹³⁵ il principio affermato in *Grande Stevens* e ammette la possibilità per gli Stati membri di punire il medesimo fatto attraverso plurimi procedimenti e misure sanzionatorie, a condizione che i differenti interventi punitivi siano sostanzialmente e temporalmente coordinati e non rappresentino, se complessivamente considerati, una reazione punitiva sproporzionata¹³⁶. Non è irrilevante sottolineare che nell'ambito di questo giudizio erano intervenuti molti Stati membri per rappresentare la necessità di evitare di interpretare l'art. 4 Prot. n. 7 in modo tale da impedire la “*widespread practice in the EU member States*” di punire alcuni fatti attraverso doppi binari sanzionatori penali-amministrativi¹³⁷. La motivazione della decisione della Corte di Strasburgo riconosce infatti espressamente la *meritevolezza di tutela per il regime convenzionale di tali esigenze ordinamentali*¹³⁸.

La sent. n. 43 del 2018 dà dunque avvio, sul fronte interno, a una fase di applicazione cauta del diritto convenzionale così rivisitato. Con questa prima sentenza, infatti, la Corte restituisce gli atti a un giudice *a quo* che le aveva domandato di valutare la compatibilità con l'art. 117 Cost. del doppio binario sanzionatorio previsto per omesse dichiarazioni per imposte sui redditi e IVA in ragione del «mutamento significativo della normativa interposta sopravvenuto all'ordinanza di rimessione per effetto di una pronuncia della grande camera della Corte di Strasburgo che esprime il diritto vivente europeo»¹³⁹. In tale contesto, peraltro, la Corte rivolge già anche un primo monito al legislatore a «“stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni” che il sistema del cosiddetto doppio binario “genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU”», pur sottolineando che tale rischio era ormai limitato ai soli casi di assenza di un legame materiale e temporale sufficientemente stretto tra provvedimenti sanzionatori «a causa di un ostacolo normativo o del modo in cui si sono svolte le vicende procedurali»¹⁴⁰.

A questa prima pronuncia fanno seguito varie decisioni di rigetto di questioni analoghe sia in rito (per non aver il giudice *a quo* motivato sul punto della insufficiente connessione tra procedimenti)¹⁴¹ sia in merito (attraverso la negazione del carattere

¹³⁴ *A and B v. Norway* [GC] (2016).

¹³⁵ Tra molti, sottolinea e chiarisce il significato di questo arretramento della Corte di Strasburgo nell'ambito di una riflessione più generale sul dialogo tra Corti G.M. FLICK, *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, 164.

¹³⁶ V. *funditus supra* Parte I, par. 11.2.

¹³⁷ V. *A and B v. Norway* [GC] (2016) §§ 94 ss.

¹³⁸ Cfr. *A and B v. Norway* [GC] (2016) §§120-123.

¹³⁹ Corte cost., sent. n. 43 del 2018, cons. dir. 8.

¹⁴⁰ Corte cost., sent. n. 43 del 2018, cons. dir. 9.

¹⁴¹ Corte cost., sent. n. 222 del 2019, cons. dir. 2 («La censura fondamentale prospettata dal rimettente, che assume il contrasto dell'art. 649 cod. proc. pen. con l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 alla CEDU (e implicitamente all'art. 50 CDFUE), è inammissibile, dal momento che l'ordinanza di rimessione non chiarisce adeguatamente le ragioni per le quali non sarebbero soddisfatte nel caso di specie le condizioni di ammissibilità di un “doppio binario” procedimentale e sanzionatorio per l'omesso versamento di IVA, così come enunciate dalla giurisprudenza europea evocata»).

punitivo di una delle misure considerate¹⁴² o la possibilità di un'interpretazione adeguatrice che escluda in radice ogni possibilità di cumulo¹⁴³).

La prima dichiarazione di illegittimità costituzionale per violazione del divieto di *ne bis in idem* è rappresentata dalla recentissima sent. n. 149 del 2022 che ha dichiarato incostituzionale l'art. 649 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per delitti previsti dall'art. 171-ter della legge n. 633 del 1941 sul diritto d'autore, il quale, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della medesima legge. I due articoli sanzionavano infatti le stesse condotte materiali.

Nonostante l'esito del giudizio, anche questa sentenza conferma in realtà la tendenza fin qui descritta a una certa cautela nell'integrazione tra garanzia interna e convenzionale. Ciò emerge soprattutto da tre elementi. In primo luogo, seppur la Corte faccia un veloce cenno all'esistenza di un fondamento *anche* costituzionale del *ne bis in idem* negli artt. 24 e 111 Cost.¹⁴⁴, la motivazione non contiene alcun passaggio relativo all'armonizzazione delle corrispondenti garanzie e si fonda interamente sull'interpretazione attestata nella giurisprudenza EDU dell'art. 4 Prot. n. 7. In secondo luogo, mentre la questione di legittimità era stata sollevata dal giudice *a quo* in termini generali (ossia dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 649 cod. proc. pen. nella parte in cui non si applica a *qualsiasi* imputato già punito con una sanzione avente carattere sostanzialmente penale *ai sensi della CEDU*)¹⁴⁵, la Corte riduce il *petitum* alla *sola*

¹⁴² Corte cost., sent. 240 del 2019, cons. dir. 4.2. in tema di misure cautelari amministrative t.u. finanza («Le censure si fondano su un erroneo presupposto interpretativo. Il rimettente attribuisce impropriamente natura sanzionatoria alle misure adottate dalla CONSOB in forza del potere all'epoca conferitole dal cennato art. 55, comma 2, del t.u. finanza, a fronte di un diritto vivente che induce a conclusioni di segno opposto. L'orientamento concorde delle supreme magistrature civili (Corte di cassazione, sezioni unite, ordinanza 12 febbraio 2014, n. 3202) e amministrative (Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 5 dicembre 2017, n. 5734; Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 10 settembre 2015, n. 4226) è, infatti, nel senso che la disposizione censurata conferisce un potere avente natura di vigilanza attiva e non sanzionatoria. Questo condivisibile approdo, costante e univoco, cui è pervenuta la giurisprudenza non ancora la ratio del provvedimento di sospensione ex art. 55, comma 2, del t.u. finanza a una funzione servente o anticipatoria rispetto ad eventuali provvedimenti sanzionatori o al possibile esito di un procedimento penale in cui è coinvolto il consulente finanziario. La sospensione prevista dalla disposizione denunciata si radica piuttosto nell'esigenza di evitare il rischio che l'allarme sociale derivante dal coinvolgimento del consulente finanziario in gravi vicende penali possa compromettere la fiducia di risparmiatori e investitori nel buon funzionamento del mercato e nella correttezza degli operatori del mercato»).

¹⁴³ Corte cost., sent. 145 del 2020, cons. dir. 7 in tema di inadempimento di obblighi familiari nei confronti dei minori («L'art. 709-ter, secondo comma, cod. proc. civ., deve quindi essere interpretato nel senso che il mancato pagamento dell'assegno di mantenimento della prole, nella misura in cui è già sanzionato penalmente, non è compreso nel novero delle condotte inadempienti per le quali può essere irrogata dall'autorità giudiziaria adita la sanzione pecuniaria "amministrativa" in esame. Le condotte suscettibili di tale sanzione sono infatti "altre", ossia le tante condotte, prevalentemente di fare infungibile, che possono costituire oggetto degli obblighi relativi alla responsabilità genitoriale e all'affidamento di minori»).

¹⁴⁴ Corte cost., sent. 149 del 2022, cons. dir. 5.1.

¹⁴⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 149 del 2022, cons. dir. 1 (in cui il *petitum* esatto è dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 649 cod. proc. pen. «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della

disciplina in materia di diritto d'autore che il giudice deve applicare¹⁴⁶. In terzo luogo e molto significativamente, infine, la decisione chiarisce che i criteri elaborati dalla giurisprudenza EDU vanno comunque «declinati in relazione alla logica peculiare del giudizio [costituzionale], il cui compito non è quello di verificare la sussistenza di violazioni del diritto fondamentale in esame nel singolo caso concreto, bensì quello di stabilire se il meccanismo normativo disegnato dal legislatore sia tale da determinare violazioni di tale diritto fondamentale in un numero indeterminato di casi»¹⁴⁷. In altre parole, questa precisazione – sottolineando la distinzione tra funzioni e struttura del giudizio costituzionale e di quello di competenza EDU – esclude la rilevanza ai fini della dichiarazione di illegittimità costituzionale di possibili lesioni del diritto convenzionale al *ne bis in idem* attinenti non ad “astratti ostacoli normativi”, ma al “modo concreto in cui si sono svolte le vicende procedimentali”¹⁴⁸, le quali, in assenza di modifiche legislative, sono dunque destinate a rimanere prive di rimedi interni¹⁴⁹. Se si guarda a tutti e tre questi elementi nell'insieme, risulta a mio avviso piuttosto evidente come essi siano espressivi di (o, comunque, sorretti da) una logica di *limitazione dell'ingresso nell'ordinamento interno di materiale normativo EDU*.

Nel complesso, pertanto, un'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di *ne bis in idem* mostra che in quest'ambito l'integrazione tra dimensione costituzionale e sovranazionale è *qualitativamente diversa* da quella riscontrabile in relazione al binomio 25 Cost.-7 CEDU. Difatti, nonostante si registri anche in quest'ambito una certa tendenza all'armonizzazione dei *contenuti* del diritto di non essere giudicato o punito due volte¹⁵⁰, l'estensione del suo *ambito applicazione* appare per il momento circondata – in concreto – da una serie di cautele e distinguo, finalizzati, in ultima istanza, a evitare la neutralizzazione di interi sottosistemi punitivi e, quindi, a scongiurare la frustrazione delle finalità legittime che attraverso di essi il legislatore ha inteso perseguire. In questo senso, l'integrazione interordinamentale può dirsi solo *parziale* e, comunque, *più problematica*.

disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato, al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo non legato a quello penale da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto, una sanzione avente carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dei relativi protocolli»).

¹⁴⁶ Corte cost., sent. n. 149 del 2022, cons. dir. 4. Tra i primi commentatori sottolinea questo elemento come espressivo di una volontà di limitare gli effetti della decisione e accentrare su di sé la valutazione di successive questioni analoghe e caratteristico di una terza via non sostenibile F. MEDICO, *Il giudice costituzionale dimezzato: l'insostenibilità di una terza via nel contesto CEDU (nota alla sent. 149 del 2022)*, in corso di pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022.

¹⁴⁷ Corte cost., sent. n. 149 del 2022, cons. dir. 5.2.

¹⁴⁸ Riprendo le espressioni, già sopra ricordata, di Corte cost., sent. 43 del 2018, cons. dir. 9.

¹⁴⁹ Sul tema delle violazioni che richiedono un intervento parlamentare v. in generale M. MIDIRI, *La CEDU in Parlamento*, in *Diritto pubblico*, 1, 2015, *passim* e spec. 90 ss.

¹⁵⁰ Cfr. ancora Corte cost., sent. n. 145 del 2020, cons. dir. 5, dove si legge espressamente che «Pertanto, sulla *portata* del principio del divieto di bis in idem si registra ormai una convergenza coerente, in una prospettiva di tutela multilivello dei diritti, della giurisprudenza di questa Corte con quella delle Corti europee» (corsivo aggiunto).

3.3. *La mancata integrazione delle nozioni di materia penale*

Un terzo e ulteriore tipo di integrazione emerge, mi sembra, dall'atteggiamento della Corte nei confronti della determinazione in generale dell'ambito di applicazione delle garanzie penalistiche previste da ciascun ordinamento e, cioè, della nozione di materia penale.

A questo riguardo, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha manifestato finora una chiara volontà di mantenere distinta la valutazione del carattere penale di una sanzione *ai fini dell'applicazione della Costituzione* da quella operata, *ai fini dell'applicazione del diritto EDU*, attraverso i criteri *Engel*¹⁵¹. In altre parole, la Corte utilizza direttamente i criteri convenzionali *nei soli casi* in cui deve decidere una questione *relativa al solo art. 117 Cost. in riferimento a un parametro EDU*¹⁵², mentre procede a una *valutazione autonoma* ogniqualvolta la garanzia applicabile trovi *fondamento (anche) nella Costituzione*.

Questa volontà risulta molto evidente se si confronta la diversità di atteggiamento dimostrata dalla Corte costituzionale e dai giudici comuni nel caso dell'estensione della garanzia interna della iperretroattività del giudicato costituzionale alle sanzioni formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali. Ho già parlato ampiamente della sent. n. 68 del 2021 per il suo rilievo nell'orizzonte dell'emersione di una nozione costituzionale di pena autonoma da quella legislativa¹⁵³; approfondisco qui invece brevemente l'aspetto specifico che riguarda l'integrazione interordinamentale.

Con la questione decisa dalla sent. n. 68 del 2021 il giudice *a quo* domandava alla Corte di dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 30, comma 4, della legge n. 87 del 1953, nella parte in cui «– nello stabilire che “[q]uando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali” – non estende tale disposizione anche alle “sanzioni amministrative che assumano natura sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione EDU”»¹⁵⁴. L'accoglimento della questione in questi termini avrebbe dunque avuto l'effetto di *saldare* – a livello costituzionale – l'applicazione di una garanzia fondata nel solo diritto interno (l'iperretroattività del giudicato costituzionale in materia penale) a una valutazione sulla natura sostanziale della sanzione da operare secondo i criteri convenzionali.

Il modello proposto dall'ordinanza di rimessione ricalcava, del resto, il diritto vivente della Corte di Cassazione, che già aveva ammesso che anche nell'interpretazione dei riferimenti alla “materia penale” contenuti in fonti interne «po[tessero] ritenersi utilizzabili i noti parametri *Engel*, tratti dalla sedimentata giurisprudenza di Strasburgo, per cui [una] sanzione può essere definita penale - al di là del *nomen* attribuito dal

¹⁵¹ V. *supra* Parte I, parr. 10.1 ss.

¹⁵² *Cfr.* da ult. Corte cost., sentt. n. 198 del 2022, cons. dir. 8 ss.; n. 149 del 2022, cons. dir. 5.1.3 ss.; n. 68 del 2021, cons. dir. 5 ss.; n. 145 del 2020, cons. dir. 6; n. 96 del 2020, cons. dir. 5.1; n. 222 del 2019, cons. dir. 2 ss.; n. 22 del 2018, 6 ss.; n. 109 del 2017, cons. dir. 3.1; n. 43 del 2017, cons. dir. 3 ss., n. 276 del 2016, cons. dir. 5.4 ss. e, in termini generali, già sent. n. 49 del 2015, cons. dir. 6.

¹⁵³ Sul tema v. già *supra* Parte I, par. 2.3.

¹⁵⁴ Corte cost., sent. n. 68 del 2021, cons. dir. 1.

legislatore interno - in rapporto all'analisi concreta delle finalità perseguite e del grado di afflittività, nel senso che lì dove risulti prevalente la finalità punitiva (rispetto a quella preventiva) o lì dove risulti particolarmente elevato il grado di afflittività, la misura in questione va attratta nel cono delle garanzie penalistiche»¹⁵⁵. Proprio sulla base di questa premessa, infatti, la Corte di Cassazione aveva già ritenuto l'art. 30, comma 4, legge n. 87 del 1953 applicabile ad alcune sanzioni formalmente amministrative, salvo negare il carattere punitivo della specifica sanzione oggetto del giudizio *a quo* (revoca della patente in caso di condanna per omicidio e lesioni stradali), dando così consistenza al dubbio di legittimità costituzionale.

Tanto l'impostazione del giudice *a quo* quanto quella della Corte di Cassazione, pertanto, si caratterizzano per un *tasso di integrazione interordinamentale massimo* dato che esse rispettivamente richiedono e consentono di utilizzare direttamente i criteri *Engel* per la determinazione della "materia penale" *anche* ai fini dell'applicazione del diritto interno. Queste due prospettive, in altre parole, promuovono o, comunque, presuppongono una nozione di materia penale *totalmente integrata*.

La Corte, tuttavia, non accoglie la questione nei termini del *petitum* originariamente formulato dal giudice *a quo* e – pur non mettendo apertamente in discussione la correttezza dell'uso fatto dei criteri *Engel* nel diritto vivente¹⁵⁶ – evita comunque di costituzionalizzarlo. Infatti, 1) seguendo una strategia giudiziale simile a quella poi riproposta nella sent. n. 149 del 2022 in tema di *ne bis in idem*¹⁵⁷, il giudice costituzionale circoscrive l'oggetto della propria decisione alla singola fattispecie oggetto del giudizio *a quo*¹⁵⁸; 2) quindi – dopo un riferimento alla qualificazione penale della misura *ai fini EDU*¹⁵⁹ – motiva ampiamente l'incostituzionalità dell'interpretazione dell'art. 30, legge n. 87 del 1953 che esclude l'applicabilità della regola dell'iperretroattività 2.a) sia in ragione di un'*autonoma valutazione dello scopo e dell'afflittività della misura* condotte «in una prospettiva meramente "interna"»¹⁶⁰, 2b) sia – in una logica sistematica ma sempre puramente interna – argomentando *a fortiori* rispetto al fatto di aver già precedentemente esteso a sanzioni amministrative punitive l'operatività di principi penalistici "più deboli" rispetto al principio di legalità costituzionale della pena, quale, in particolare, la retroattività *in mitius* ex art. 3 Cost¹⁶¹.

¹⁵⁵ Corte Cass., sez. pen., sent. 17 gennaio 2020, n. 1804, p.to 3.1. Nello stesso senso poi v. anche Corte cass., sez. pen., sentt. 24 agosto 2020, n. 24023; 10 giugno 2020, n. 17834; 9 giugno 2020, n. 17508; 9 giugno 2020, n. 17506; 30 aprile 2020, n. 13451.

¹⁵⁶ *Cfr.* Corte cost., sent. n. 68 del 2021, cons. dir. 4.2. In una prospettiva sistematica, la decisione di non sindacare il merito dell'orientamento del giudice comune si può spiegare nell'ambito del complesso rapporto tra giurisdizione costituzionale e altre giurisdizioni (asstatosi, com'è noto, su un tendenziale abbandono della vecchia idea dei monopoli interpretativi in favore di una distinzione di funzioni da esercitare nel perseguimento di uno scopo comune) su cui da ult. v. per tutti E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021, *passim* e, per la tesi riportata tra parentesi, spec. 43.

¹⁵⁷ *Cfr. supra*, par. 3.2.

¹⁵⁸ *Cfr.* Corte cost., sent. n. 68 del 2021, cons. dir. 5.

¹⁵⁹ *Cfr.* Corte cost., sent. n. 68 del 2021, cons. dir. 6.

¹⁶⁰ Corte cost., sent. n. 68 del 2021, cons. dir. 6.

¹⁶¹ *Cfr.* Corte cost., sent. n. 68 del 2021, cons. dir. 7.

Questi aspetti della motivazione indicano in modo non equivoco che, diversamente dal giudice comune, la Corte mantiene una *certa distinzione tra il piano del diritto convenzionale e quello interno* e, quindi, presuppone una nozione costituzionale di materia penale *autonoma* da quella convenzionale¹⁶².

Questo presupposto era stato, del resto, già espressamente enunciato e sviluppato in passato in occasione di alcune altre questioni di legittimità costituzionale formulate secondo lo stesso schema rifiutato anche dalla sent. n. 68 del 2021 (ossia “se una sanzione è sostanzialmente penale in base ai criteri EDU, allora tutte le garanzie penalistiche previste dal diritto interno devono applicarsi”).

A quel tempo, in assenza di un autonomo fondamento costituzionale su cui basare il proprio sindacato e argomentare la necessità di estendere l’ambito applicativo di garanzie penalistiche previste dal solo diritto interno, la Corte aveva infatti dichiarato inammissibili le questioni in ragione della contraddittorietà in cui cade il «giudice *a quo* [che utilizzi] i criteri *Engel* per perseguire [...] l’obiettivo dell’applicazione delle tutele predisposte dal diritto nazionale per i *soli* precetti e per le *sole* sanzioni che l’ordinamento interno considera, *secondo i propri principi*, espressione della potestà punitiva penale dello Stato [...] [dato che] tale scopo è del tutto diverso da quello che il ricorso ai criteri *Engel* lascerebbe attendere, cioè l’estensione alla sanzione amministrativa delle *sole* garanzie convenzionali, come elaborate dalla Corte di Strasburgo per la *matière pénale*»¹⁶³. In altre parole, un giudice *a quo* può «estendere alla sanzione formalmente amministrativa (ma “sostanzialmente penale” per la CEDU, nell’interpretazione della Corte di Strasburgo) le sole garanzie convenzionali [...] in via interpretativa (se ciò gli [è] consentito dalla lettera della legge), ovvero sollevando una questione di legittimità costituzionale della disposizione di legge per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost.» o, in alternativa, «sost[enere] con franchezza, alla luce del carattere punitivo-afflittivo che accomuna le pene in senso stretto alle sanzioni amministrative [...] che [le garanzie penalistiche] dovrebbe[ro] applicarsi non solo alle prime, ma anche alle seconde», ma non può invece seguire «un terzo percorso, intrinsecamente contraddittorio, [...] risultante dalla commistione tra premesse peculiari del primo itinerario interpretativo e conclusioni attese solo all’esito del secondo»¹⁶⁴.

Il grado di integrazione nella giurisprudenza collegata alla determinazione della nozione di materia penale è dunque *minore* sia di quello riscontrabile in quella relativa al binomio 25 Cost.-7 CEDU sia al *ne bis in idem*. Seppure i criteri *Engel* (o comunque la loro logica sostanzialista) siano talora utilizzati come supporto argomentativo, in questo ambito la Corte afferma infatti espressamente *l’impossibilità di saldare il piano costituzionale con quello convenzionale*.

¹⁶² Nella giurisprudenza costituzionale successiva confermano sostanzialmente questa impostazione autonomista anche le sentt. n. 148 del 2022 e n. 198 del 2002, su cui v. anche *infra* Conclusione. Così come nella sent. n. 68 del 2021, anche nell’economia complessiva della motivazione di queste sentenze, i criteri *Engel* svolgono una limitata funzione di “supporto argomentativo”.

¹⁶³ Corte cost., sent. n. 109 del 2017, cons. dir. 3.1. Nello stesso senso v. peraltro anche Corte cost., sent. n. 43 del 2017.

¹⁶⁴ Corte cost., sent. n. 109 del 2017, cons. dir. 3.1.

3.4. Osservazioni conclusive sui tre livelli di integrazione riscontrabili nella prassi della giurisprudenza costituzionale

In sintesi, l'analisi condotta sino a qui mostra che l'integrazione interordinamentale Costituzione-CEDU in materia penale non è un fenomeno unitario, ma presenta una *intensità variabile*.

Laddove essa è *più intensa* – come in riferimento ai casi relativi al binomio 25 Cost.-7 CEDU e al contenuto del *ne bis in idem* – la Corte ricorre apertamente alla *interpretazione costruttiva (compounding)*.

Da un punto di vista formale, in genere, le decisioni si fondano *insieme* sul parametro costituzionale e sull'art. 117 Cost. in riferimento al parametro esterno.

Nella sostanza, il significato della disposizione costituzionale è armonizzato con il significato attribuito dalla Corte di Strasburgo alla corrispondente disposizione convenzionale. In linea di massima, il ricorso a questo criterio interpretativo comporta l'interpretazione estensiva del contenuto di una garanzia costituzionale al fine di includervi il contenuto della corrispondente garanzia convenzionale e, quindi, l'innalzamento dello standard di tutela interno al livello di quello sovranazionale.

In quest'ottica, dunque, sembrerebbe ormai più opportuno dire che invece che integrare l'art. 117 Cost., la norma EDU *integra il corrispondente parametro interno*.

Dove, invece, l'integrazione è *meno intensa* – come in riferimento alla questione della nozione di materia penale e all'ambito di applicazione del *ne bis in idem* – la Corte tende a mantenere in tutto o in parte distinto il piano interno da quello sovranazionale.

Da un punto di vista formale, le decisioni si fondano *o* sul parametro costituzionale *o* sull'art. 117 Cost. in riferimento al parametro esterno.

Nella sostanza, la Corte tiene comunque in qualche modo conto del materiale normativo derivante dalla giurisprudenza EDU, ma limita il suo ruolo nell'economia delle proprie motivazioni a quello di *mero supporto argomentativo*. In questa prospettiva, in altre parole, il diritto vivente EDU viene utilizzato come strumento di comparazione e verifica di risultati ottenuti seguendo un percorso interpretativo che non è direttamente influenzato da fonti sovranazionali.

Il confronto dei tre diversi gradi di integrazione che ho analizzato sembra inoltre indicare che il *grado di intensità* è *massimo* nelle questioni che si prestano a essere ricostruite in termini di *diritto soggettivo* (come il diritto alla prevedibilità della punizione)¹⁶⁵ e *minimo* per quelle che, al contrario, sono concepibili – in tutto o in parte

¹⁶⁵ È bene sottolineare che non intendo negare che l'irretroattività della legge penale sia concepibile (come invero è stato tradizionalmente fatto) in termini di principio di diritto oggettivo, ma unicamente sottolineare che – come dimostra l'analisi dell'ultima giurisprudenza sull'art. 25 Cost. – il contenuto di tale principio è egualmente ricostruibile anche in termini soggettivi. Peraltro, per una ricostruzione in termini soggettivi espressamente operata dalla Corte costituzionale v. sent. n. 278 del 2020, cons. dir. 10, dove si legge che: «La garanzia del principio di legalità (art. 25, secondo comma, Cost.) nel suo complesso (tale perciò da coprire anche le implicazioni sostanziali delle norme processuali) *dà corpo e contenuto a un diritto fondamentale della persona accusata di aver commesso un reato*, diritto che – avendo come

– solo come *questioni di diritto oggettivo* (come la questione di cosa debba intendersi, in un dato ordinamento, per materia penale)¹⁶⁶.

Non a caso l'integrazione interordinamentale registra un grado intermedio proprio rispetto al *ne bis in idem*, la cui natura giuridica è mista, nel senso che esso è ricostruito *insieme* come diritto (soggettivo) e come principio (di diritto oggettivo) dalla dottrina¹⁶⁷. Rispetto al versante che risponde alla *logica soggettiva*, relativa al diritto di non essere processati due volte per il medesimo fatto, l'integrazione è *totale*; rispetto al *versante oggettivo*, riguardante la possibilità per l'ordinamento di prevedere una pluralità di binari punitivi paralleli, essa è stata *più problematica* e resta, comunque, limitata.

Nel complesso, ciò suggerisce che il grado di integrazione interordinamentale sia in ultima istanza legato alla sussistenza – in concreto o in astratto – di *ragioni ordinamentali di tipo oggettivo*¹⁶⁸ che l'ordinamento EDU non considera: o perché la Corte di Strasburgo si rifiuta effettivamente di farlo, come era avvenuto per l'esigenza di tutela sottesa al secondo dei doppi binari sanzionatorio, considerato, fino ad *A. e B. v. Norway*, di per sé contrastante con l'art. 4 Prot. 7¹⁶⁹; o perché non può farlo strutturalmente¹⁷⁰, come accade per le funzioni che in un ordinamento costituzionale può assumere la nozione di materia penale oltre a quella di determinare l'ambito di

contenuto il rispetto del principio di legalità – da una parte, non è comprimibile non entrando in bilanciamento con altri diritti in ipotesi antagonisti; si tratta, infatti, di una garanzia della persona contro i possibili arbitri del legislatore, la quale rappresenta un “valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali”» (corsivo aggiunto).

¹⁶⁶ Sottolinea la “funzione ordinamentale” (oggettiva) delle nozioni autonome EDU V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2015, 1-2 sottolineando come esse siano sviluppate dalla Corte di Strasburgo «ai soli fini dell'interpretazione e applicazione della Convenzione, perché ritenute idonee ad assicurarne l'applicazione, conforme al suo oggetto e scopo, in tutti gli Stati europei che sono parte del sistema».

¹⁶⁷ Di recente ribadisce la duplice natura del *ne bis in idem* L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2020, 106 ss. (rispetto all'ordinamento europeo) e 126 (in generale).

¹⁶⁸ Cfr. in senso analogo già chiaramente M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, in *Federalismi*, 2007, 16. A conferma di ciò si consideri che il rapporto interordinamentale è tuttora problematizzato, in generale, proprio intorno al «fragile equilibrio tra il rispetto dei diritti contenuti nella Convenzione e il perseguimento del bene comune a livello nazionale – nel rispetto delle forme democratiche e dello Stato di diritto» (così espressamente, in linea con la letteratura sul tema, anche internazionale li citata in nota n. 22, G. REPETTO, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in F. BUFFA e M.G. CIVINI (a cura di), *Gli speciali di questione giustizia. La Corte di Strasburgo*, 2019, 13).

¹⁶⁹ Al di fuori della materia penale, si pensi del resto al noto caso c.d. «delle pensioni svizzere» dove l'esigenza ordinamentale oggettiva non considerata dalla Corte di Strasburgo era un'esigenza inerente al bilancio. Tra i molti commenti sottolinea questo punto, di recente, A. OLESSINA, *Il caso delle pensioni svizzere: Corte costituzionale e Corte EDU a confronto*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 3, 2021, 525, ma anche, in precedenza, molto chiaramente e con una riflessione nello stesso senso di quella proposta nel testo M. CARTABIA, *Diritti, giudizi e conflitti*, in *Ars interpretandi*, 1, 2015, 40-42 e anche G. RAIMONDI, *Corte di Strasburgo e Stati: dialoghi non sempre facili. Intervista a cura di Diletta Tega*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2014, 469.

¹⁷⁰ Cfr. C. CARUSO, *Il “posto” dell'interpretazione conforme alla CEDU*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 4, 2018, 2000.

applicazione di garanzie individuali (ad esempio, in termini di organizzazione del potere punitivo tra i diversi livelli territoriali di governo dello Stato¹⁷¹)¹⁷².

4. Segue: *Confronto della prassi giurisprudenziale con i diversi paradigmi di ricostruzione dei rapporti interordinamentali. Ragioni per la formalizzazione di un nuovo paradigma fondato sull'art. 117 Cost. e l'art. 11 Cost. o, preferibilmente, l'art. 2 Cost.*

Così chiariti i termini dello stato attuale dell'integrazione interordinamentale in materia penale, è possibile confrontare i risultati dell'analisi della prassi con i diversi paradigmi generali sviluppati per spiegare i rapporti tra Costituzione e CEDU. Questo confronto ha il fine di valutare anzitutto se il paradigma della "CEDU come parametro interposto" è in grado di offrire un supporto teorico all'effettiva prassi della Corte e, in caso negativo, se qualcuno tra gli altri paradigmi in grado di farlo risulti più coerente con il diritto costituzionale vivente.

Rispetto alla prima questione, bisogna concludere che il paradigma sviluppato a partire dalle sentt. nn. 348 e 349 del 2007 e n. 49 del 2015, incentrato sull'art. 117 Cost., è coerente con il basso grado di integrazione che si registra in riferimento alla nozione di materia penale¹⁷³, mentre non risulta idoneo a fornire alcuna giustificazione sostanziale per l'*interpretazione costruttiva* attraverso cui la Corte ha affrontato le questioni relative all'art. 25 Cost.¹⁷⁴ e al contenuto del *ne bis in idem*¹⁷⁵.

Come ho evidenziato sopra, infatti, il paradigma dei rapporti interordinamentali da cui la Corte afferma di muovere comporta, in linea teorica, un dovere di interpretare il diritto EDU in modo che esso non contrasti né con il diritto costituzionale interno né, nei casi dubbi, con il contenuto di atti legislativi nazionali (in conformità, rispettivamente, ai principi di sovranità-predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU e di conservazione dei valori giuridici)¹⁷⁶. Nei casi in cui il tasso di integrazione è massimo – esattamente all'opposto – la Corte estende invece la portata del parametro costituzionale *in ragione* del contenuto del corrispondente parametro convenzionale *al fine* di dichiarare l'illegittimità di un atto legislativo interno. In questo modo la Corte contraddice, nei fatti, entrambi i presupposti normativi del modello teorico a cui afferma di aderire.

¹⁷¹ Sulla questione v. *supra* Introduzione par. 2.1, spec. nota n. 52 e anche *infra* Conclusione par. 4.1.

¹⁷² Al di fuori della materia penale svolge considerazioni analoghe A. SANDULLI, *Impervi sentieri dell'interlegalità: dal conflitto tra giurisdizioni allo scontro tra ordinamenti*, in *Rivista Italiana Diritto Pubblico Comunitario*, 1, 2021, 62-63 commentando il notissimo rinvio pregiudiziale di Corte Cass., SS.UU. civ., ord. 18 settembre 2020, n. 19598 con cui la Cassazione aveva domandato alla CGUE di domandare, tra altre cose, se il diritto a un ricorso effettivo garantito dalla CDFUE ostasse all'impossibilità per la Corte di Cassazione di sindacare il merito di sentenze del Consiglio di Stato in contrasto con il diritto UE. Al riguardo l'Autore sottolinea esclude la possibilità di approcciarsi «in modo presbite al tema esclusivamente dall'angolazione della tutela dei diritti individuali per come garantiti dalla prospettiva euro-unitaria (nel caso di specie, ci si riferisce alla legittimazione ad agire in materia di appalti) – senza tener conto dell'*assetto costituzionale nazionale (in tema di rapporti tra giurisdizioni)*» (corsivo aggiunto).

¹⁷³ *Cfr. supra* par. 3.3.

¹⁷⁴ *Cfr. supra* par. 3.1.

¹⁷⁵ *Cfr. supra* par. 3.2.

¹⁷⁶ V. *funditus supra* par. 2.1.

Tutti gli altri paradigmi che ho esaminato sono astrattamente idonei a giustificare in prospettiva teorica l'*interpretazione costruttiva*¹⁷⁷.

Se tuttavia si vuole provare a ipotizzare verso quale di essi la concreta prassi della Corte si stia muovendo, sembrano potersi escludere sia il paradigma della “CEDU come fonte sovraordinata rispetto alle Costituzionali nazionali”¹⁷⁸ sia le teorie intercostituzionali elaborate a partire dagli studi di Ruggeri¹⁷⁹.

Il primo di questi due paradigmi, difatti, postula una teoria costituzionale *ECHR-oriented* (o *Convention-oriented*) e, dunque, un'interpretazione delle disposizioni costituzionali che permetta la massima attuazione possibile del diritto convenzionale nell'ordinamento interno¹⁸⁰. L'atteggiamento della Corte che, in materia di *ne bis in idem*, rivendica la diversità delle proprie funzioni da quelle della Corte di Strasburgo e conseguentemente limita la portata della decisione sull'art. 649 cod. proc. pen. allo specifico doppio binario sanzionatorio oggetto del giudizio *a quo* (pur essendo astrattamente possibile accogliere la questione in generale, come richiesto dal rimettente)¹⁸¹ sembra tuttavia porsi in aperto contrasto con una simile impostazione.

Un discorso in qualche modo analogo vale anche per le teorie connesse al concetto di intercostituzionalità, l'adesione alle quali avrebbe dovuto tendenzialmente imporre un paradigma di integrazione unitario e totale¹⁸². Peraltro, la giurisprudenza costituzionale esaminata non offre alcun elemento per sostenere che la Corte abbia deciso di adottare un *punto di vista esterno* all'ordinamento, ma anzi – nei casi relativi alla nozione costituzionale di materia penale – il giudice costituzionale si preoccupa di sottolineare, esattamente al contrario, di stare conducendo la propria valutazione in una *prospettiva meramente interna*.

Restano dunque due possibili paradigmi che potrebbero essere in grado di spiegare la prassi della Corte costituzionale meglio di quello corrente: il paradigma della “CEDU come limitazione di sovranità ai sensi dell'art. 11 Cost.”¹⁸³ e quello della “CEDU come parametro interpretativo in quanto fonte di cognizione dei diritti inviolabili tutelati dall'art. 2 Cost.”¹⁸⁴.

Entrambi questi paradigmi possono giustificare il ricorso all'*interpretazione costruttiva* e, al tempo stesso, l'esistenza di un margine di manovra del giudice costituzionale interno per discostarsi in casi particolari dal diritto EDU.

¹⁷⁷ V. *supra* parr. 2.1.1 ss.

¹⁷⁸ V. *supra* par. 2.1.2.

¹⁷⁹ V. *supra* par. 2.2.1.

¹⁸⁰ Cfr. *supra* par. 2.1.2.

¹⁸¹ V. ancora su questo specifico punto già F. MEDICO, *Il giudice costituzionale dimezzato: l'insostenibilità di una terza via nel contesto CEDU (nota alla sent. 149 del 2022)*, in corso di pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022.

¹⁸² V. *supra* par. 2.2.1 nonché, commentando uno dei primi casi di distanziamento, molto apertamente anche in A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *Diritti Comparati*, 2015, 4 ss. e 12.

¹⁸³ V. *supra* par. 2.1.1.

¹⁸⁴ V. *supra* par. 2.2.

Inoltre, entrambi questi paradigmi sono coerenti con il fatto che il grado di integrazione più elevato rispetto a quello giustificabile entro il paradigma corrente si registri in relazione a questioni legate ai (*contenuti dei*) *diritti fondamentali*. Da un lato, come già rilevato in letteratura, un'ipotetica copertura fondata sull'art. 11 Cost. non sarebbe infatti ricostruibile nei termini *oggettivi* di trasferimento di competenze alla sede sovranazionale (come per l'UE)¹⁸⁵, ma – per le specifiche caratteristiche strutturali del sistema convenzionale – dovrebbe essere concepita come *limitazione derivante dal riconoscimento dei diritti umani* e, cioè, in termini *puramente soggettivi*; dall'altro, la clausola aperta dell'art. 2 Cost. è riferibile a sole *situazioni soggettive* (“diritti inviolabili” e, potenzialmente, “doveri inderogabili”), per cui è coerente che un maggior grado di integrazione sia limitato a esse.

Dunque, posto che, per tutte le ragioni indicate, se la Corte intendesse proseguire nell'interpretazione costruttiva, dovrebbe indicare quale base positiva l'art. 11 o l'art. 2 Cost., tra questi due paradigmi alternativi sembrano ravvisabili alcune ragioni per cui il secondo appare preferibile.

Per concludere il discorso, vale la pena di esplicitarle rapidamente. In primo luogo, mentre è stato espressamente escluso che l'ordinamento convenzionale presenti le condizioni istituzionali per poter ottenere la copertura dell'art. 11¹⁸⁶, in passato la giurisprudenza costituzionale ha già, seppur sporadicamente, connesso la valenza interpretativa dei trattati internazionali sui diritti all'art. 2¹⁸⁷. Sarebbe dunque necessario un *overruling* (tra l'altro in assenza di riforme istituzionali in seno al Consiglio d'Europa) per aderire al primo modello, mentre l'adesione al secondo potrebbe saldarsi al paradigma corrente senza rotture (dando cioè origine a un modello fondato sull'art. 117 e *insieme* sull'art. 2). In secondo luogo, mentre l'adesione a un paradigma riconducibile alla teoria della fonti, come quello fondato sull'art. 11, comporterebbe un ricollocamento del diritto convenzionale nella gerarchia delle fonti e vincolerebbe (presumibilmente) la Corte a ragionare nei termini stretti dei controlimiti in caso di esistenza di esigenze ordinamentali potenzialmente contrastanti con la norma EDU, un paradigma inerente alla teoria dell'interpretazione, come quello fondato sull'art. 2, permetterebbe invece di sviluppare una dottrina nuova sulla gestione dei conflitti interordinamentali Costituzione-CEDU ispirata a una logica meno formale di *ragionevolezza del bilanciamento tra tutele ed*

¹⁸⁵ Cfr. sempre A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2006, 502.

¹⁸⁶ Cfr. i passaggi già citati *supra* in nota n. 29 di Corte cost., sentt. n. 348 e 349 del 2007.

¹⁸⁷ Cfr. espressamente Corte cost., sent. n. 388 del 1999, cons. dir. 2.1, dove si legge che: «Indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale (tra le molte sentenze n. 188 del 1980 e n. 315 del 1990), mentre spetta al legislatore dare ad esse attuazione (sentenza n. 172 del 1987), è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione (cfr. sentenza n. 399 del 1998): non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona (cfr. sentenza n. 167 del 1999), ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione» (corsivi aggiunti).

*esigenze ordinamentali interne*¹⁸⁸. In altre parole, ferma restando la sola condizione dell'obbligo di conformità alla Costituzione del diritto EDU *ai fini* dell'operatività del rinvio ex art. 117 (che, come già è stato chiarito, comporta, nei fatti, che l'operatività del rinvio è esclusa nei soli casi di disciplina nazionale contrastante con la CEDU ma costituzionalmente necessaria)¹⁸⁹, la Corte potrebbe così formalmente riservarsi più ampie valutazioni di compatibilità ordinamentale *ai diversi fini* della costituzionalizzazione del contenuto del diritto EDU nel corrispondente parametro interno attraverso l'*interpretazione costruttiva*. L'esame della prassi in materia penale dimostra del resto l'utilità di un margine di manovra di questo tipo dato che la Corte ha effettivamente avuto più volte necessità di tenere conto di esigenze punitive espresse dall'ordinamento anche se, in potenza, non costituzionalmente necessarie in forza di un principio costituzionale supremo¹⁹⁰.

In conclusione, il risultato di un confronto tra i diversi paradigmi sviluppati dalla dottrina per spiegare in generale i rapporti interordinamentali Costituzione-CEDU e la effettiva prassi del giudice costituzionale in materia penale è che nonostante la Corte continui formalmente ad aderire al paradigma della "CEDU come parametro interposto", essa ha nella sostanza sviluppato un *nuovo paradigma* che le consente – nella logica dell'art. 11 Cost. o, preferibilmente, dell'art. 2 Cost. – di *reinterpretare il contenuto dei diritti e delle garanzie costituzionali alla luce di quelli convenzionali*.

Nemmeno sotto questo nuovo paradigma, tuttavia, sarebbe possibile giustificare una nozione *integrata* di materia penale, poiché l'integrazione che esso è in grado di giustificare è comunque limitata per ragioni logiche alle questioni concepibili in *meri termini di diritto soggettivo* (e loro *contenuto*). Siccome infatti una nozione costituzionale di materia penale assolve anche funzioni ordinamentali oggettive non pienamente considerabili dall'ordinamento EDU, essa non può – allo stato – che restare *autonoma* dalla corrispondente nozione convenzionale.

A diverse conclusioni si potrebbe forse giungere se si adottasse il paradigma internazionalista della "CEDU come fonte sovraordinata alle Costituzioni nazionali" o la prospettiva ultrapositiva dell'intercostituzionalità, ma siccome i presupposti normativi dell'uno e dell'altra sono radicalmente in contrasto con assunti condivisi da pressoché l'intera scienza costituzionalistica (precedenza teorica della Costituzione sul diritto internazionale e, quanto al metodo giuridico, necessaria adozione del punto di vista interno), una loro approfondita discussione appare, almeno per il momento, non necessaria.

¹⁸⁸ È la prospettiva già indicata da A. MORRONE, *Sui rapporti tra norme della Cedu e ordinamento costituzionale*, in L. MEZZETTI e A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Torino, G. Giappichelli, 2011, 193.

¹⁸⁹ Cfr. B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in P. FALZEA, A. SPADARO e L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, G. Giappichelli, 2003, 249 (che la qualifica, peraltro, come ipotesi "prevalentemente teorica").

¹⁹⁰ V. *supra* par. 3.2 e 3.3. Al riguardo si tenga peraltro presente che come ampiamente illustrato nella Parte I la giurisprudenza costituzionale tende a negare, insieme alla dottrina maggioritaria e differentemente dalla CEDU, l'esistenza di obblighi costituzionali di tutela penale.

5. La nozione costituzionale di materia penale nel sistema di legalità integrata: ragioni per la sua autonomia e unitarietà

È così infine possibile affrontare anche la specifica domanda relativa ai caratteri che assume una nozione costituzionale di materia penale nel *sistema di legalità integrata Costituzione-CEDU*, per come esso è oggi concepibile.

Dall'analisi che ho condotto emerge difatti non solo che la giurisprudenza costituzionale tende a negare che la nozione costituzionale e convenzionale di materia penale possano integrarsi, ma anche che esistono alcune ragioni teoriche a sostegno della loro *reciproca autonomia* connesse alla *diversità strutturale* tra ordinamento costituzionale e ordinamento convenzionale.

In sintesi, se la nozione convenzionale di materia penale risponde alla sola finalità di determinare l'ambito di applicazione delle garanzie soggettive previste dalla CEDU, la nozione costituzionale di materia penale è connessa *anche* a questioni ordinamentali di tipo oggettivo non riducibili alla protezione dell'individuo (come, ad esempio, la determinazione dei soggetti istituzionalmente competenti a prevedere pene o lo scopo che la pena deve perseguire).

Sempre sulla base di questa considerazione è inoltre possibile muovere una critica alle nozioni costituzionali cosiddette *differenziate* di materia penale che sono state proposte in letteratura¹⁹¹.

Queste teorie, ricostruendo il concetto costituzionale di materia penale nella logica convenzionale di evitare una "truffa delle etichette" e di estendere le garanzie penalistiche a misure non formalmente qualificate come penali ma sostanzialmente analoghe, ne *riducono indebitamente la portata a una questione di tutela dei diritti individuali*¹⁹².

Tuttavia, il senso di avere una nozione autonoma di pena non è necessariamente limitato ad evitare l'elusione da parte del legislatore di limiti al potere punitivo derivanti dal riconoscimento della meritevolezza di esigenze individuale protette in termini di diritti individuali. Anzitutto, la stessa esigenza si pone infatti anche per limiti costituzionali di tipo oggettivo, come, ad esempio, l'attribuzione della competenza di prevedere pene al solo legislatore nazionale (art. 25, comma 2 e 117, comma 2, lett. 1 Cost.). Anche per un limite costituzionale come questo, che mira nel complesso a tutelare il valore dell'uguaglianza¹⁹³, si pone difatti un problema di potenziale elusione da parte del legislatore ordinario, laddove un legislatore regionale introducesse sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente più afflittive di sanzioni formalmente

¹⁹¹ V. *supra* Introduzione, par. 3.2.1.

¹⁹² Cfr. da ult. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 209, lett. d); sempre nei soli termini di estensione delle garanzie individuali già anche F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, G. Giappichelli, 2017, 71 ss.

¹⁹³ Sull'aspetto egualitario della riserva di legge in materia penale cfr. molto chiaramente già L. PALADIN, *Il problema delle sanzioni nel diritto regionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, CEDAM, 1975, 392.

penali¹⁹⁴. Inoltre, la limitazione del senso alle sole garanzie individuali soggettive comporta la possibilità per il legislatore di disegnare interi sistemi punitivi *oggettivamente non conformi* alle direttive di giustizia indicate nel testo costituzionale, come, ad esempio, la necessaria tendenza rieducativa della pena o la sua eguale afflittività (la cui piena realizzazione non comporta sempre e in tutti i casi interventi correttivi *in bonam partem*)¹⁹⁵.

In altre parole, le nozioni *differenziate* di materia penale tendono a limitare la normatività del progetto costituzionale di trasformazione sociale sulla punizione¹⁹⁶ ai soli suoi aspetti che riguardano i limiti al potere punitivo connessi alla garanzia delle libertà individuali¹⁹⁷, trascurandone invece gli aspetti, istituzionali e di giustizia, inerenti al fondamento di quest'ultimo. In questo senso, esse appaiono uno strumento in grado di aggravare lo squilibrio già segnalato tra Costituzione penale liberale e Costituzione penale sociale¹⁹⁸.

Nel complesso, pertanto, in una prospettiva costituzionalistica appare preferibile lo sviluppo di una nozione costituzionale di materia penale *autonoma* (non solo dalla nozione legislativa ma anche dalla nozione EDU) e *unitaria* (ossia valida per l'applicazione di tutte le disposizioni Costituzionali, invece che delle sole garanzie individuali).

È importante sottolineare, per concludere, che il rifiuto di una nozione di materia penale *integrata* non comporta necessariamente anche un'adesione ad approcci di cosiddetto campanilismo costituzionale. La preferibilità di una nozione *autonoma*, infatti, dipende unicamente dalla considerazione logico-giuridica della differenza strutturale che tuttora intercorre tra ordinamento costituzionale e ordinamento EDU e non, invece, dal riconoscimento di una qualche incompatibilità sostanziale tra la Costituzione repubblicana e atteggiamenti di apertura del giudice costituzionale alla circolazione di modelli e idee in un orizzonte politico di cross-contaminazione delle culture giuridiche europee. Operativamente, non sembra esserci, cioè, alcuna ragione perché la Corte non tenga conto – anche in assenza di una possibile giustificazione formale – degli approdi già raggiunti dalla giurisprudenza convenzionale o da altre giurisdizioni costituzionali europee. Rispetto a operazioni ermeneutiche “sostanzialmente integrazionistiche” di questo tipo, l'analisi che ho condotto suggerisce difatti unicamente che – laddove manchi un chiaro dato positivo facoltizzante – il ricorso a materiali normativi esterni nella

¹⁹⁴ Cfr. nello stesso le recenti riflessioni di P. CERBO, *Sistemi sanzionatori e autonomia regionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021, 280 ss. e spec. 284.

¹⁹⁵ Su questi aspetti v. *infra* Conclusione, parr. 3.2.1, 3.3.2, 3.5.

¹⁹⁶ Sulla funzione trasformativa delle contemporanee Costituzioni europee v. A. MORRONE, *Costituzione*, in C. CARUSO e C. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, Il Mulino, 2021, 42.

¹⁹⁷ Cfr. V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Archivio Penale*, 1, 2012, 17 che individua espressamente un limite assiologico all'integrazione interordinamentale nella «necessaria e fondamentale distinzione tra progetti interpretativi conformi al diritto sovranazionale che abbiano ricadute peggiorative sulla situazione giuridico-penale del singolo o, viceversa, progetto che abbiano effetti favorevoli» (facendo riferimento, ovviamente, al soggetto contro cui il potere punitivo è esercitato).

¹⁹⁸ V. *supra* Parte I, par. 14.

motivazione delle proprie decisioni dovrebbe essere praticato e presentato dalla Corte in modo più trasparente, come espressione di un particolare indirizzo di *politica costituzionale cosmopolitista* e, negli stessi termini, eventualmente criticato dalla dottrina giuridica¹⁹⁹. Ciò comporterebbe un definitivo abbandono dell'idea tralatizia e un po' sterile che si dia per questi temi un'interpretazione costituzionale "tecnicamente più corretta" e l'avvio di un confronto più franco e, auspicabilmente, più fruttuoso sui presupposti filosofico-politici delle diverse posizioni.

In questo spirito, nella Conclusione di questo lavoro affronterò le questioni del come potrebbe strutturarsi una *nozione costituzionale di pena* e di quali conseguenze potrebbe avere la sua adozione sull'ordinamento tenendo conto dell'esperienza convenzionale e di quella di altre giurisdizioni costituzionali che adottano modelli fondati sui presupposti normativi che ho fin qui argomentato.

¹⁹⁹ Nel dibattito americano sottolineava questo aspetto già A. POSNER, *Boumediene and the Uncertain March of Judicial Cosmopolitanism*, *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 228*, 2008, 13 ss.

ANNESSO 2. TAVOLA SINOTTICA DI CONFRONTO TRA PARADIGMI SUI RAPPORTI INTERORDINAMENTALI E GRADI DI INTEGRAZIONE RISCONTRABILI
 NELL'ULTIMA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE IN MATERIA PENALE

	<i>Integrazione assente su nozione di materia penale</i>	<i>Integrazione problematica per Ne bis in idem</i>	<i>Integrazione totale Artt. 25 Cost.-7 CEDU</i>
<i>CEDU come norma interposta ex art. 117 Cost.</i>	Coerente: il paradigma impone di mantenere distinte le garanzie costituzionali e convenzionali	Parzialmente incoerente: il paradigma non è idoneo a giustificare l' <i>interpretazione costruttiva</i> sul contenuto del diritto	Incoerente: il paradigma non è idoneo a giustificare alcuna forma di <i>interpretazione costruttiva</i>
<i>CEDU come limitazione di sovranità ex art. 11 Cost.</i>	Coerente: il paradigma non impone l'integrazione di questioni non riducibili in termini di diritti soggettivi	Potenzialmente incoerente: i casi di mancata integrazione dell'ambito di applicazione dovrebbero poter essere spiegati in termini di controlimiti	Coerente: il paradigma è idoneo a giustificare l' <i>interpretazione costruttiva</i> (nella forma di <i>interpretazione sistematica Costituzione-CEDU</i>)
<i>CEDU come fonte sovraordinata</i>	Tendenzialmente incoerente: il paradigma richiederebbe probabilmente un grado maggiore di integrazione	Incoerente: il paradigma richiederebbe un grado maggiore di integrazione perché osta a interpretazione della Costituzione in contrasto con la CEDU	Coerente: il paradigma impone l' <i>interpretazione costruttiva</i> (nella forma di <i>interpretazione della Costituzione in conformità alla CEDU</i>)
<i>CEDU come parametro interpretativo ex art. 2 Cost.</i>	Coerente: il paradigma non impone l'integrazione di questioni non riducibili in termini di diritti soggettivi	Potenzialmente coerente: il paradigma consente di limitare l' <i>interpretazione costruttiva</i> in caso di esigenze ordinamentali meritevoli di tutela	Coerente: il paradigma è idoneo a giustificare l' <i>interpretazione costruttiva</i> in riferimento a tutte le questioni riducibili in termini di diritti soggettivi
<i>Intercostituzionalità e teorie similari</i>	Tendenzialmente incoerente: il paradigma richiederebbe probabilmente un grado maggiore di integrazione	Incoerente: il paradigma richiederebbe un grado maggiore di integrazione perché osta a interpretazioni che garantiscono livelli inferiori di tutela	Coerente: il paradigma impone l' <i>interpretazione costruttiva</i> per innalzare lo standard di tutela

CONCLUSIONE

PER UNA DOTTRINA UNITARIA DEL POTERE PUNITIVO COSTITUZIONALMENTE FONDATA. ELEMENTI FONDAMENTALI E POSSIBILI SVILUPPI

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Costruzione di una definizione costituzionalmente fondata di pena come *modalità qualificata di limitazione dei diritti fondamentali* – 2.1. La pena come *limitazione dei diritti fondamentali*. – 2.2. La pena come limitazione dei diritti fondamentali *con finalità punitiva*. Distinzione teleologica rispetto a misure aventi altre finalità. – 2.3. *Segue*: Connessione della definizione e, quindi, dell'applicazione della Costituzione penale a una scelta discrezionale del legislatore. La Costituzione penale come *modello costituzionale di disciplina della punizione*. – 2.4. La pena come *strumento ordinario ma non esclusivo* di punizione legale. Distinzione istituzionale rispetto alle pene disciplinari e limiti al loro utilizzo nello Stato costituzionale. – 3. Discussione dei principali corollari dell'adozione di un approccio interpretativo nella materia penale costituzionalmente fondato, sostanzialista e *rights-based*. – 3.1. Legalità come necessità di una base legale adeguata. Concezione della riserva di legge prevista dall'art. 25 Cost. come riserva a intensità variabile. – 3.1.1. Connessione tra adeguatezza della base legale e necessario carattere sostanzialmente giurisdizionale dell'applicazione o revisione della pena. – 3.2. Offensività come necessaria giustificabilità costituzionale della pena sotto il profilo oggettivo. Proporzionalità intrinseca delle pene – 3.2.1. Opportunità del ripensamento della posizione tradizionale in materia di obblighi costituzionali di tutela penale e interpretazione estensiva della norma penale. – 3.3. Colpevolezza come necessaria giustificabilità costituzionale della pena sotto il profilo soggettivo. – 3.3.1. Incostituzionalità della responsabilità solidale prevista in materia sanzionatoria amministrativa. – 3.3.2. Necessità costituzionale di assicurare la personalità della pena nel senso positivo di garanzia dell'effettiva collocazione delle sue conseguenze negative sul colpevole. – 3.4. Proporzionalità estrinseca delle pene. La qualificazione legislativa come limite tendenziale al sindacato sulla dosimetria della pena intersistemico. – 3.5. Proporzionalità alle condizioni materiali del soggetto punito. Pena pecuniaria e discriminazione socio-economica. – 3.6. Sintesi della definizione e dei caratteri costituzionali della pena. – 4. Discussione delle possibili problematiche di sistema connesse all'adozione di una nozione costituzionale unitaria di materia penale. – 4.1. Il diritto processuale penale costituzionale: la possibilità di interpretare le garanzie processuali in funzione servente della tutela dei diritti garantiti da riserve di giurisdizione. – 4.2. La potestà punitiva regionale: i possibili modi di flessibilizzare la clausola di competenza statale in materia di ordinamento penale. – 5. Stato costituzionale e forma di governo del problema penale: fondamento e limiti costituzionali dell'idea di democrazia penale nel sistema di legalità integrata.

1. Premessa

Nelle Parti I e II ho argomentato le ragioni per cui l'interprete della Costituzione italiana dovrebbe preferire nozioni di "materia penale" e di "pena" *autonome* sia da quelle legislative (ossia definite dal legislatore ordinario con disposizioni generali come l'art.

17 cod. pen. o attraverso qualificazioni formali di singole misure)¹ sia da quelle convenzionali (ossia sviluppate dalla giurisprudenza della Corte EDU)². Al tempo stesso, ho escluso che, al fine di interpretare le disposizioni costituzionali, l'adozione di nozioni di "materia penale" e "pena" di natura extralegale o ultrapositiva (vale a dire di natura puramente filosofica) possa ritenersi compatibile con il vincolo di metodo rappresentato dal cosiddetto *punto di vista interno*³.

Se si accettano entrambe queste tesi, ne consegue che l'interprete della Costituzione dovrebbe adottare nozioni di "materia penale" e di "pena" *costituzionalmente fondate*, nel senso di *nozioni giuridiche argomentabili a partire dal solo diritto costituzionale positivo*.

Ho infine chiarito perché l'adozione di nozioni costituzionali *unitarie* (valide, cioè, per l'interpretazione di tutte le disposizioni costituzionali) sia da considerare preferibile rispetto all'utilizzo di nozioni *differenziate* (valide per alcune disposizioni, ma non per altre)⁴.

Alla luce di questi risultati è dunque possibile affermare che, nella prospettiva del diritto costituzionale, il *potere punitivo* dovrebbe essere concepito come una *funzione dello Stato costituzionalmente qualificata*, ossia una funzione pubblica per cui la Costituzione detta specifici principi di organizzazione e regole di azione, che sono comuni a tutte le sue possibili manifestazioni.

Da ciò discende, mi sembra, l'opportunità di un ribaltamento della logica del discorso costituzionale sulla punizione. Infatti, se esso è stato sinora sviluppato seguendo un approccio argomentativo di stampo induttivo o *bottom-up* (si valuta *a posteriori* se sia giustificabile l'estensione di una parte della disciplina costituzionale tradizionalmente riferita alla materia formalmente penale alla singola misura considerata), l'idea che il potere punitivo vada concepito in modo *costituzionalmente unitario* suggerisce invece di procedere secondo una logica deduttiva o *top-down* (determinando *a priori* la disciplina costituzionale da applicare a qualsiasi misura sostanzialmente penale).

Questo cambio di prospettiva permetterebbe peraltro alla dottrina giuridica di abbandonare il ruolo di mero esegeta dello *statuto costituzionale "vivente" della punizione* (nel senso di statuto risultante da un'analisi complessiva della giurisprudenza costituzionale)⁵ e di recuperare il proprio compito di ricostruire – in una prospettiva autenticamente sistematica – uno *statuto costituzionale della punizione* che possa fungere da parametro di valutazione critica tanto del diritto legislativo quanto del diritto costituzionale giurisprudenziale.

Questo capitolo conclusivo è dedicato a esplorare le linee fondamentali attraverso le quali uno *statuto costituzionale unitario della punizione* potrebbe essere sviluppato

¹ V. *supra* Parte I.

² V. *supra* Parte II.

³ V. in part. *supra* Parte I, parr. 7 e 9.

⁴ V. in part. *supra* Parte II, par. 5.

⁵ Per una ricostruzione dello statuto costituzionale "vivente" della punizione v. *supra* Introduzione, par. 2.4.

nonché a evidenziare le principali conseguenze ordinamentali che una sua affermazione dovrebbe produrre in una prospettiva di più lungo periodo.

Il mio scopo non è quello di sviluppare completamente una dottrina costituzionale unitaria del potere punitivo, ma soltanto di valutare la sostenibilità e le potenzialità di un modello interpretativo della Costituzione penale dotato delle caratteristiche che, in base all'analisi che ho condotto, risultano più idonee a garantire il *maggior grado di costituzionalizzazione possibile della punizione* (impostazione costituzionalmente fondata, sostanzialista e *rights-based*)⁶. Seppur in assenza di vincoli formali e agendo su un piano più propriamente politico-culturale⁷, è in fondo proprio in questa direzione che il diritto EDU sembra spingere l'evoluzione dei sistemi costituzionali nazionali e, in particolare, il sistema italiano. Anche per questa ragione, pertanto, valutare se insuperabili ragioni ordinamentali impediscano l'affermazione di un simile modello interpretativo per la Costituzione penale non appare, oggi, una questione di natura meramente teorica.

Per farlo affronterò anzitutto la questione della possibilità di dare una definizione costituzionalmente fondata di “pena” e “materia penale” (paragrafo 2) e, quindi, proverò a descrivere le principali conseguenze della loro adozione al fine di applicare la Costituzione (paragrafi 3 e successivi). Concentrerò la mia attenzione soprattutto sulle questioni più connesse all'estensione del discorso costituzionale sulla punizione alle sanzioni sostanzialmente penali ma formalmente non qualificate come tali dal legislatore (in particolare alle sanzioni amministrative punitive). Al tempo stesso e più in generale, cercherò di mettere in luce come l'adozione di un approccio interpretativo costituzionalmente fondato, sostanzialista e *rights-based* potrebbe influenzare anche il modo in cui sono affrontati problemi classici del dibattito costituzionale sulle sanzioni formalmente penali.

Nell'ambito della descrizione dei termini fondamentali di una *dottrina unitaria del potere punitivo costituzionalmente fondata* discuterò altresì le principali obiezioni sollevate in letteratura contro l'abbandono dell'*approccio tradizionale* nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali in materia penale⁸. Se si lascia da parte l'obiezione originalista (secondo la quale i Costituenti avrebbero inteso limitare l'ambito di applicazione dei principi costituzionali penalistici al solo “sistema penale” nel suo significato storico-positivo)⁹, la cui superabilità dipende unicamente da opzioni teoriche più generali relative all'ermeneutica costituzionale, queste obiezioni hanno riguardato in particolare: 1) l'impossibilità logico-fattuale di riferire alcuni principi penalistici a sanzioni non incidenti sulla libertà personale (in particolare il principio di tendenziale finalità rieducativa); 2) la necessità di non paralizzare l'attività di certe amministrazioni pubbliche dotate di poteri sanzionatori mediante l'estensione della riserva assoluta di legge e il principio di tassatività (ad esempio, le Autorità

⁶ Cfr. Parte I, parr. 13 ss.

⁷ Cfr. Parte II, par. 5.

⁸ Per una sintesi dei caratteri dell'approccio tradizionale v. *supra* Parte I, par. 9.

⁹ Sulla possibilità di ricostruire in termini originalisti l'orientamento tradizionale sull'applicabilità delle garanzie penalistiche a sanzioni formalmente amministrative v. *supra* Parte I, par. 6.3.

amministrative indipendenti); 3) la necessità di non impedire alle Regioni di prevedere sanzioni per la violazione delle normative adottate nell'ambito delle proprie competenze concorrenti e residuali; 4) più in generale, la necessità di evitare gli effetti negativi di un approccio panpenalistico (essenzialmente: annacquamento delle garanzie delle sanzioni formalmente penali e vanificazione degli effetti deflattivi delle politiche di depenalizzazione); 5) ancora più in generale, la necessità di non limitare eccessivamente la discrezionalità legislativa in materia penale, connessa all'aspetto democratico dell'art. 25 Cost. (cosiddetta *over-constitutionalization*).

Nelle prossime pagine cercherò di evidenziare le ragioni per cui penso che tutte queste obiezioni siano superabili e, più in generale, che l'adozione di un modello interpretativo costituzionalmente fondato, sostanzialista e *rights-based* non comporterebbe alcuna depoliticizzazione del problema penale, ma una mera redistribuzione di potere tra organi di indirizzo e organi di garanzia, del tutto coerente con le conseguenze sistemiche connesse alla presenza di una Costituzione rigida (a cui, fino a poco tempo fa, la materia penale era rimasta, in via del tutto eccezionale, particolarmente impermeabile¹⁰).

2. Costruzione di una definizione costituzionalmente fondata di pena come modalità qualificata di limitazione dei diritti fondamentali

Il primo problema che deve essere affrontato per provare a sviluppare una dottrina costituzionalmente unitaria del potere punitivo è quello di ricercare una *definizione costituzionalmente fondata* di “pena” e di “materia penale”¹¹.

Nella prospettiva del solo diritto costituzionale, sono due gli elementi minimi che concorrono a distinguere il potere punitivo dello Stato rispetto ad altre forme di manifestazione del potere pubblico: 1) la sua incisione sui diritti fondamentali; 2) la particolare finalità perseguita dal legislatore.

Sul piano giuridico-costituzionale, pertanto, la “pena” sembra poter essere intesa – in via di prima approssimazione – come una *modalità qualificata di limitazione dei diritti fondamentali*.

¹⁰ Cfr. *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta dalla Corte nell'anno 2018*, 13.

¹¹ Sul carattere stipulativo della definizione di diritto penale e sulla sua cifra politica cfr. G. INSOLERA, *Postfazione*, in F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, Il Mulino, 2019, 81. A differenza dell'impostazione del «diritto penale liberale» in cui il «diritto [...] non può che essere argine, limite del potere punitivo» (*ibidem*), la prospettiva costituzionalistica sottende invece una visione più comprensiva in cui il diritto (costituzionale) è non solo limite, ma anche fondamento del potere punitivo. Sui presupposti di quest'idea, le ragioni della sua preferibilità e i suoi rapporti con liberalismo e socialismo come dottrine politiche v. *supra* Parte I, par. 9.

2.1. *La pena come limitazione dei diritti fondamentali*

In primo luogo, infatti, la punizione legale si caratterizza per essere una *limitazione di diritti costituzionalmente tutelati*¹².

Questa caratterizzazione è molto evidente per la maggior parte delle misure già comunemente considerate “pene”. Ad esempio, la reclusione costituisce una restrizione della libertà personale (art. 13 Cost. e art. 5 CEDU) e le multe, ammende e altre sanzioni pecuniarie incidono sul diritto di proprietà (art. 41 Cost. e art. 1 Prot. n. 1 CEDU). Anche se forse in maniera meno evidente, lo stesso può dirsi in relazione alle sanzioni interdittive che – in un’impostazione *rights-based* – possono essere ricostruite in termini di interferenza nel godimento di un diritto fondamentale (ad esempio, l’interdizione dai pubblici uffici limita, tra altri, il diritto all’elettorato attivo e passivo; l’interdizione da una professione il diritto al lavoro; la decadenza dall’esercizio della responsabilità genitoriale il diritto a istruire ed educare i figli, ecc.).

Su un piano più generale, questa impostazione presume l’adozione di una *concezione principialista di diritto fondamentale*, implicante, cioè, diritti costituzionali dall’ampio ambito di applicazione ma dai contenuti “flessibili” in quanto limitabili dal legislatore per ragioni dotate di una copertura costituzionale anche solo implicita¹³.

Ad esempio, in questa prospettiva, pur non essendo il diritto di circolare con veicoli l’oggetto di un diritto costituzionalmente tutelato in senso stretto, la revoca o sospensione del titolo abilitante è comunque una misura idonea a incidere su situazioni soggettive più generali costituzionalmente tutelate come diritti fondamentali (diritto alla circolazione, diritto al lavoro, diritto alla vita privata e familiare, ecc.)¹⁴. Sotto questo aspetto, a tali diritti è cioè riconosciuto un *ambito di applicazione ampio*. Al tempo stesso, la possibilità per il potere pubblico di interferire con l’aspettativa riguardante la conduzione di veicoli non è limitata a casi espressamente previsti da regole costituzionali, ma rimessa alla logica meno ferrea del bilanciamento con concorrenti istanze di rilievo costituzionale. In questo senso, il *contenuto di tali diritti è “flessibile”*.

¹² Cfr. G. SILVESTRI, *Diritto penale, democrazia, costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, vol. VII, Torino, G. Giappichelli, 2010, 3093. Questo dato è inoltre spesso ripetuto dalla Corte costituzionale sia in riferimento alle sanzioni penali (v. ad es., tra molte, Corte cost., sent. n. 46 del 2014, cons. dir. 3 e, anche se più risalente, sent. n. 487 del 1989, che configura, per questa ragione, il potere punitivo come un potere discrezionale in senso tecnico) sia, da ult., alle sanzioni amministrative punitive (v. espressamente Corte cost., sentt. n. 112 del 2019, cons. dir. 8 e n. 185 del 2021, cons. dir. 4). Si noti inoltre che sotto questo aspetto la definizione qui proposta risulta una generalizzazione di quella bricoliana idonea a superare il problema metodologico rilevato *supra*, Parte I, par. 8.1.

¹³ Cfr. G. PINO, *Costituzione come limite, Costituzione come fondamento, Costituzione come assiologia*, in *Diritto e società*, 1, 2017, 114-115. Più in generale sul punto v. già M. MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*, in *Diritto e società*, 1, 1993, 473 ss. Nell’ultima giurisprudenza costituzionale l’adesione a una simile concezione dei diritti è affermata in termini generali in Corte cost., sent. 3 del 2023, cons. dir. 9.

¹⁴ Cfr. nella più recente giurisprudenza costituzionale ad es. Corte cost., sent. n. 266 del 2022, cons. dir. 5.4.1, dove in relazione alla revoca della patente si afferma testualmente che «non v’è dubbio che una sanzione come quella in parola è suscettibile di incidere pesantemente su diritti fondamentali della persona, in primis il suo diritto al lavoro, limitandone in concreto l’esercizio, come emblematicamente mostra il caso in esame, concernente una persona che esercitava – quanto meno all’epoca dell’ordinanza di rimessione – un’attività artigianale che comportava la necessità di utilizzare l’autovettura».

A sostegno di questa impostazione, si noti da ultimo che la costruzione di una definizione di pena incentrata sulla sua incisione sui diritti fondamentali non solo corrisponde all'osservazione dell'effettivo funzionamento degli attuali sistemi punitivi positivi, ma è anche il presupposto per lo sviluppo di un discorso costituzionale sulla punizione integrato a livello sovranazionale in assenza di una comune legislazione costituzionale. Come ho già chiarito, infatti, questa impostazione è argomentabile sia nella prospettiva convenzionale¹⁵ sia in ciascun contesto costituzionale che garantisca il riconoscimento dei diritti fondamentali (e, in effetti, è già adottata da altri ordinamenti)¹⁶. Questo modo di costruire la definizione costituzionale di “pena” dovrebbe dunque essere preferito su un piano di politica del diritto da chi ritiene che la costruzione di una dogmatica idonea a favorire l'integrazione politica sovranazionale sia un obiettivo riconducibile alla scienza costituzionale contemporanea¹⁷.

2.2. *La pena come limitazione dei diritti fondamentali con finalità punitiva. Distinzione teleologica rispetto a misure aventi altre finalità*

In secondo luogo, così come, in generale, non tutte le sanzioni giuridiche possono dirsi sanzioni punitive¹⁸, nemmeno tutte le limitazioni dei diritti fondamentali costituiscono punizioni legali. A qualificare come “pena” una determinata limitazione dei diritti fondamentali è la *finalità punitiva* perseguita attraverso di essa dal potere pubblico, vale a dire la sua funzione di *infliggere un male come reazione* alla violazione di una norma dell'ordinamento giuridico¹⁹.

Sotto il *profilo teleologico*, in linea con una lunga tradizione dottrinale, la “pena” si distingue dunque, anzitutto, da altre misure aventi finalità *meramente preventive* ovvero *meramente ripristinatorie*. Le prime misure, come è noto, non costituiscono una reazione alla violazione di norme, ma sono funzionali a evitare loro future violazioni (agiscono, cioè, non in una logica *ex post facto*, ma *ex ante facto*); le seconde, invece, pur rappresentando sempre reazioni *a posteriori* alla violazione di norme, perseguono la specifica e differente finalità di reintegrare la situazione anteriore alla violazione, rimuovendone gli effetti. Esempi tipici delle une e delle altre sono, rispettivamente, le misure di prevenzione disciplinate dal d.lgs. n. 159 del 2011 e il risarcimento del danno (artt. 1218 ss. e 2043 ss. cod. civ.).

¹⁵ V. *supra* Parte I, parr. 9 e 13.1.

¹⁶ V. al riguardo sul c.d. *intra-constitutional approach* per cui «every criminal prohibition infringes upon a constitutional right, and therefore its constitutionality requires justification» A.L. BENDOR e H. DANCIG-ROSENBERG, *Unconstitutional criminalization*, in *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 2, 2016, 178 e, per la sua adozione in Canada, Israele e Germania, 183 ss.

¹⁷ Sul punto v. anche *supra* Parte II, par. 5.

¹⁸ Per tutti v. N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1969, 530 ss.

¹⁹ Per la definizione di afflittività in senso tecnico sviluppata da G. LICCI v. *supra* Parte I, par. 7; nella giurisprudenza costituzionale *cf.* Corte cost., sentt. nn. 185 del 2021, cons. dir. 4 e n. 95 del 2022, cons. dir. 4.1, dove si può leggere che le sanzioni amministrative punite «condividono, infatti, con le pene il carattere reattivo rispetto a un illecito, per la cui commissione l'ordinamento dispone che l'autore subisca una sofferenza in termini di restrizione di un diritto [...] che trova, dunque, la sua “causa giuridica” proprio nell'illecito che ne costituisce il presupposto» (corsivo aggiunto).

Sempre in termini *ripristinatori* possono poi essere ricostruiti sia *le nullità e annullabilità di atti giuridici*, talora considerate in teoria generale sanzioni²⁰ (come, ad esempio, la nullità del contratto in frode alla legge *ex art. 1344 cod. civ.*), sia – e assai più significativamente – la *perdita di situazioni giuridiche di vantaggio a causa del venir meno dei requisiti a cui esse sono subordinate dalla legge*²¹. Per esempio, anche se la revoca della patente è stata considerata dalla Corte una misura avente finalità punitiva quando irrogata quale sanzione accessoria a una condanna per i reati di omicidio e lesioni stradali²², la medesima misura non può invece essere qualificata come tale se essa consegue all'accertamento della perdita dei requisiti previsti dalla legge per ottenerla (artt. 115 ss. cod. strada). In questo secondo caso, infatti, la revoca non persegue una finalità punitiva, ma ripristinatoria poiché finalizzata a ristabilire la situazione prevista in via generale e astratta dall'ordinamento (in assenza dei requisiti, non è possibile avere la patente).

La possibilità che la stessa sanzione assuma in certi casi natura punitiva ma non in altri indica anche che la valutazione della finalità della misura dovrebbe essere compiuta *in relazione* al contesto normativo in cui essa si inserisce e non avendo riguardo alle sue sole caratteristiche (contenuto, grado di afflittività, ecc.).

Il ricorso a queste categorie tradizionali, peraltro, è non solo già invalso nella giurisprudenza convenzionale²³, ma sta prendendo piede da ultimo anche in quella costituzionale. La Corte si è difatti avvalsa di esse in alcuni casi recenti per determinare i confini della *materia costituzionalmente penale*.

In particolare, la già menzionata sent. n. 148 del 2022 ha escluso l'applicabilità del diritto al silenzio alle sanzioni amministrative previste dall'art. 75 del t.u. stupefacenti per l'acquirente di sostanze per uso personale²⁴ in ragione della loro finalità non punitiva, desumibile dalla «strategia – cui si ispira la normativa italiana in materia [...] volta a differenziare, sul piano del trattamento sanzionatorio, la posizione del consumatore della droga da quelle del produttore e del trafficante [secondo] l'idea di fondo [...] che l'intervento repressivo debba rivolgersi precipuamente nei confronti dei secondi, dovendosi scorgere, di norma, nella figura del tossicodipendente o del tossicofilo una

²⁰ Cfr. F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVI, Milano, Giuffrè, 333. Nella letteratura amministrativistica sul punto v. anche M.A. SANDULLI, *Decadenza e sanzione*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna*, Milano, Giuffrè, 1982, 485 ss.

²¹ Nell'ambito della letteratura internazionale sul tema insiste su questo aspetto M. CASINO RUBIO, *El concepto constitucional de sanción administrativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Mº de la Presidencia, 2021, 89 ss., descrivendo il modello spagnolo, che da tempo è basato su una nozione autonoma di sanzione penale ai fini dell'applicazione della Costituzione.

²² V., tra le altre, ancora Corte cost., sent. n. 68 del 2021.

²³ V. *supra* Parte I, par. 10.1.

²⁴ Le sanzioni previste per questi casi dall'art. 75 t.u. stupefacenti sono, in particolare: «a) sospensione della patente di guida, del certificato di abilitazione professionale per la guida di motoveicoli e del certificato di idoneità alla guida di ciclomotori o divieto di conseguirli per un periodo fino a tre anni; b) sospensione della licenza di porto d'armi o divieto di conseguirla; c) sospensione del passaporto e di ogni altro documento equipollente o divieto di conseguirli; d) sospensione del permesso di soggiorno per motivi di turismo o divieto di conseguirlo se cittadino extracomunitario».

manifestazione di disadattamento sociale, cui far fronte, se del caso, con interventi di tipo *terapeutico e riabilitativo*»²⁵. In ragione di quest'impostazione legislativa generale la Corte ha quindi concluso che le misure relative alla revoca, sospensione e divieto di conseguire titoli abilitativi alla conduzione di veicoli e porto di armi sono finalizzate *esclusivamente* a «prevenire i rischi connessi [alla conduzione di veicoli e uso di armi da parte di] soggetti in stato di intossicazione»²⁶. Il carattere punitivo di sospensione e divieto di conseguire il permesso soggiorno per motivi di turismo è invece stato escluso poiché la previsione di tale misura «sottende evidentemente il venir meno dei requisiti morali minimi ai quali [ne] è subordinato il rilascio»²⁷ e, dunque, proprio nella logica *ripristinatoria* sopra indicata (assenza sopravvenuta dei requisiti previsti dalla legge-perdita della situazione di vantaggio originariamente condizionata).

Sempre facendo riferimento alla distinzione tra logica punitiva e logica *ripristinatoria*, la sent. n. 198 del 2022 ha successivamente escluso l'applicabilità del principio della necessaria applicazione retroattiva della *lex mitior* alla disciplina dell'escussione della garanzia provvisoria per la partecipazione alle procedure di gara per l'assegnazione di contratti pubblici²⁸. Per negare la riconducibilità alla *materia costituzionalmente penale* dell'incameramento della garanzia prestata dal concorrente non risultato vincitore in caso di falsa attestazione dei requisiti dichiarati (che il giudice *a quo* ricostruiva «in chiave di punizione dell'autore dell'illecito»²⁹), la Corte ha infatti sottolineato «come l'incameramento della cauzione provvisoria, in caso di esito negativo del controllo a campione, sia preordinato ad assicurare il regolare e rapido espletamento della procedura e la *tempestiva liquidazione dei danni prodotti* dalla alterazione della stessa a causa della mancanza dei requisiti da parte dell'offerente» e, dunque, si tratti di una «una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio»³⁰. In altre parole, l'incameramento non è una pena perché risponde per la Corte a «una funzione [...] di tipo *riparatorio* [di una posizione giuridica soggettiva connessa all']attività contrattuale dell'amministrazione[,] inquadrabile nello schema

²⁵ Corte cost., sent. n. 148 del 2022, cons. dir. 4.2.1.

²⁶ Corte cost., sent. n. 148 del 2022, cons. dir. 4.2.4. In cons. dir. 4.2.3 la Corte sembra ricostruire anche la misura della sospensione o divieto di conseguire il passaporto o altri titoli equipollenti per l'espatrio nella stessa logica preventiva (intendendola, cioè, come misura di controllo di un soggetto potenzialmente pericoloso). Mentre i rischi legislativamente individuati connessi all'uso di veicoli e armi sono chiaramente comprensibili, meno evidente è però il rischio sotteso alla sospensione del passaporto (per cui, peraltro, non sono previsti dalla legge n. 1185 del 1967 particolari requisiti morali a differenza del permesso di soggiorno). Tra i commentatori, sottolinea il silenzio della Corte sul punto, evidenziando il carattere in realtà afflittivo della sanzione relativa al passaporto, G. COTTI, *La problematica attuazione del diritto al silenzio oltre i confini della "materia penale"*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, in corso di pubblicazione, 2022, par. 6.

²⁷ Corte cost., sent. n. 148 del 2022, cons. dir. 4.2.4.

²⁸ La nuova disciplina, difatti, limita l'escussione della garanzia alla sola ipotesi in cui l'aggiudicatario non sottoscrive il contratto per fatto a esso imputabile (art. 93, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016), mentre la precedente prevedeva l'escussione anche in tutti i casi di esito negativo della verifica dei requisiti speciali dichiarati dai concorrenti, che erano oggetto di una verifica a campione previgente (art. 48, d.lgs. n. 163 del 2006).

²⁹ Corte cost., sent. n. 198 del 2022, cons. dir. 3.

³⁰ Corte cost., sent. n. 198 del 2022, cons. dir. 8.2 (corsivo aggiunto).

delle trattative prenegoziali [e del] dovere di comportarsi secondo buona fede enunciato dall'art. 1337 cod. civ.[, la violazione del quale da parte del concorrente che dichiara falsamente il possesso dei requisiti speciali] dà vita a responsabilità precontrattuale»³¹.

2.3. Segue: *Connessione della definizione e, quindi, dell'applicazione della Costituzione penale a una scelta discrezionale del legislatore. La Costituzione penale come modello costituzionale di disciplina della punizione*

A questo punto, è importante sottolineare che in base alla definizione proposta a determinare la riconducibilità di una misura alla *materia costituzionalmente penale* è dunque, in ultima istanza, una *decisione discrezionale del legislatore* relativa all'opportunità di affrontare un determinato bisogno sociale in una logica *punitiva* piuttosto che *preventiva* o *ripristinatoria*.

Per riprendere il caso oggetto della sent. n. 148 del 2022 – ipotizzato che si dia la necessità politica di affrontare il problema sociale potenzialmente rappresentato dal consumo di droga – spetta al legislatore scegliere se predisporre misure normative di contrasto *punitive* (repressione di qualsiasi forma di utilizzo o detenzione), *preventive* (come quelle attualmente previste) o *ripristinatorie* (nullità dei contratti aventi a oggetto sostanze stupefacenti).

Se il legislatore sceglie di predisporre sanzioni di natura punitiva (ossia, secondo questa prima definizione, “pene”) dovrà coerentemente agire, almeno in linea di principio, nel rispetto dei principi della Costituzione penale³²; non diversamente, d'altronde, il legislatore sarebbe tenuto, negli altri casi, a rispettare i limiti che il diritto costituzionale pone in tema di misure di prevenzione³³ e sanzioni ripristinatorie³⁴.

Sotto questo aspetto, pertanto, l'affermazione di una nozione costituzionale autonoma di materia penale comporta il riconoscimento dell'esistenza di un *modello*

³¹ Corte cost., sent. n. 198 del 2022, cons. dir. 8.3.1.

³² V. *infra* par. 3 ss.

³³ V. per lo statuto costituzionale delle misure prevenzione da ult. Corte cost., sent. n. 24 del 2019, cons. dir. 9.7.1. ss. Sulle conseguenze sul piano della legalità ordinaria (amministrativo) *cf.* Corte cost., sent. n. 148 del 2022, cons. dir. 4.2.5, dove, al riguardo, si legge espressamente che «la natura preventiva delle “sanzioni” in questione [...] segna anche il limite dei poteri dell'autorità amministrativa nell'esercizio della propria discrezionalità rispetto alla loro irrogazione nel caso concreto. [...] Nell'esercitare, dunque, la propria discrezionalità nella decisione relativa tanto all'an (nei limiti consentiti dal menzionato comma 14), quanto alla tipologia delle sanzioni da irrogare in concreto e alla loro durata, il prefetto non potrà non orientarsi alla logica preventiva che sorregge la scelta legislativa. Ogni determinazione relativa alla sanzione, e alla sua concreta durata, dovrà pertanto giustificarsi al metro dei criteri di idoneità, necessità e proporzionalità rispetto alle legittime finalità di ciascuna sanzione, alla luce delle caratteristiche del caso concreto, e segnatamente della peculiare situazione del destinatario delle misure. [...] In tali valutazioni dovrà invece restare a priori esclusa ogni impropria logica punitiva, la quale chiamerebbe necessariamente in causa lo statuto costituzionale della responsabilità penale, incluso lo stesso “diritto al silenzio” nell'ambito del procedimento applicativo delle sanzioni qui all'esame».

³⁴ Si pensi, per esempio, alla possibile irragionevolezza di una sanzione ripristinatoria che imponga ultracompenzazioni. Il discorso relativo alle sanzioni consistenti nella perdita di situazione giuridiche di vantaggio condizionate per accertamento del venir meno dei requisiti sembra, invece, parzialmente diverso, potendosi semmai valutare la legittimità del condizionamento originariamente previsto (quando incidente su un diritto fondamentale) in termini di necessità, idoneità e adeguatezza a perseguire una finalità legittima.

costituzionale di disciplina della punizione a cui il legislatore è tenuto a conformarsi ogniqualvolta intenda esercitare il proprio potere nel perseguimento di tale finalità. Entro i limiti derivanti da tale modello generale, il legislatore ordinario è libero di configurare sistemi punitivi differenziati, dando così origine a *modelli legislativi di disciplina della punizione*. In questa prospettiva, pertanto, l'esistenza nell'ordinamento italiano di sanzioni punitive penali, amministrative o civili indica la presenza di tre alternativi *modelli legislativi positivi di punizione*, le cui caratteristiche differenziali vanno ricondotte all'esercizio del potere discrezionale del legislatore di stabilire il *modello di punizione* politicamente considerato più adeguato – tra quelli compatibili con la Costituzione penale (ossia con gli artt. 3, 24, 25, 27 Cost.) – per la repressione di determinate violazioni di norme dell'ordinamento giuridico.

2.4. *La pena come strumento ordinario ma non esclusivo di punizione legale. Distinzione istituzionale rispetto alle pene disciplinari e limiti al loro utilizzo nello Stato costituzionale*

Per concludere questo primo tentativo di delimitazione di una nozione di materia penale costituzionalmente fondata deve essere infine affrontata la questione della riconducibilità a essa delle sanzioni disciplinari.

Questo genere di sanzioni non risponde infatti né a finalità meramente preventive né a finalità meramente ripristinatorie, sicché, sulla base di quanto detto sin qui, si dovrebbe concludere che anche le sanzioni disciplinari sono costituzionalmente penali in quanto misure che incidono su diritti fondamentali e perseguono finalità punitive.

Questa conclusione è tuttavia da rigettare poiché i due tipi di sanzione possono in realtà distinguersi nella sostanza, seppur non sotto il profilo teleologico. In linea con gli approdi della giurisprudenza EDU³⁵ e con una lunga tradizione dottrinale che affonda le proprie radici nella filosofia costituzionale classica³⁶, è infatti possibile tracciare una distinzione tra materia penale e materia disciplinare sotto l'aspetto *istituzionale*.

A qualificare sul piano sostanziale la sanzione disciplinare è la sua riconducibilità a un potere riconosciuto a un'autorità pubblica per garantire l'adeguato svolgimento della specifica funzione alla quale essa è preposta. Sotto questo aspetto, insomma, la sanzione disciplinare si configura come *atto di amministrazione attiva*, vale a dire di cura dell'interesse pubblico affidato all'amministrazione (in questo senso si può dire che la sanzione disciplinare è *sostanzialmente amministrativa*),

Ciò comporta, in linea di massima, il riconoscimento di un certo margine di discrezionalità all'autorità amministrativa in ordine alla decisione sul se, quando e come punire, nonché la configurazione in capo al soggetto punito di una situazione di soggezione in senso tecnico. In altri termini e ricorrendo a categorie tipiche del contesto costituzionale italiano, si potrebbe dire che se dinanzi all'esercizio del *potere punitivo*

³⁵ V. *supra* Parte I, par. 10.1.1.

³⁶ V. *supra* Parte I, par. 6.1.

penale il soggetto punito vanta una situazione di *diritto soggettivo*, dinanzi al *potere punitivo disciplinare* questi è invece titolare di un mero *interesse legittimo*.

Ne consegue che – sul piano generale del modello punitivo – la punizione disciplinare si contraddistingue sin dal piano teorico per un certo grado di *confusione tra i soggetti competenti a decidere le pene e ad applicarle*, soggetti che, in base al modello punitivo penale, devono invece necessariamente rimanere separati³⁷.

Per questo motivo il *modello di punizione disciplinare* si pone rispetto al modello costituzionale di punizione rappresentato dalla Costituzione penale in rapporto di *eccezione alla regola*. La regola è il rapporto individuo-autorità disegnato dal modello ordinario (secondo cui le pene sono previste da organi di indirizzo politico e sono applicate o revisionate da organi da essi indipendenti), l'eccezione è che alcune punizioni possono essere previste e applicate dal medesimo soggetto nell'esercizio di un potere pubblico disciplinare.

Sul piano costituzionale, pertanto, a rilevare è l'esistenza di un *interesse costituzionalmente rilevante* tale da giustificare la previsione di un *modello legislativo di disciplina della punizione divergente dal modello costituzionale generale*. Detto in altre parole, l'introduzione di sistemi punitivi disciplinari – nella misura in cui incide sul rapporto individuo-autorità generalmente indicato dalla Costituzione – richiede una *adeguata giustificazione costituzionale* e può di conseguenza essere ammessa nei soli limiti in cui sia possibile fornire una simile giustificazione.

Questa ricostruzione appare peraltro conforme allo stato attuale dell'ordinamento giuridico italiano nell'ambito del quale l'esercizio di poteri disciplinari è effettivamente limitato a situazioni in cui uno *status di soggezione* appare in linea di principio giustificabile sul piano costituzionale dalla necessità di perseguire un rilevante interesse istituzionale. Si pensi, ad esempio, al potere disciplinare interno alla magistratura più volte giustificato dalla Corte in termini di garanzia del «rispetto dell'esigenza di assicurare il regolare svolgimento della funzione giudiziaria, che è uno degli aspetti fondamentali della vita dello Stato di diritto»³⁸ o al potere disciplinare degli ordini professionali che la più recente dottrina e giurisprudenza costituzionale giustificano in

³⁷ Sulla differenza tra il caso della sanzione sostanzialmente disciplinare (in cui la discrezionalità riguardante la determinazione dei presupposti della punizione viene esercitata al momento dell'irrogazione nel singolo caso) da quello in cui una sanzione amministrativa trova la propria disciplina in una fonte sublegislativa (e, dunque, in cui la discrezionalità riguardante la determinazione dei presupposti della punizione viene esercitata mediante l'adozione di un atto normativo, generale e astratto, e non al momento dell'irrogazione nel singolo caso) v. anche *infra* par. 3.1.1.

³⁸ Così sin da Corte cost., sent. n. 100 del 1981, dove peraltro, a conferma del modello generale sin qui descritto, si legge anche che «L'esercizio del potere disciplinare è regolato, invero, da principi sostanzialmente differenti e meno incisivi di quelli che reggono l'esercizio del magistero penale, poiché risponde alla potestà amministrativa dello Stato, e non alla funzione di giustizia che quest'ultimo assolve attraverso l'attività giudiziaria. E tale differenza si riflette naturalmente sulla operatività, nel campo disciplinare, dei principi generali in materia di esplicazione del potere punitivo, rendendola meno rigorosa ed estesa». Sulle particolarità della disciplina interna alla magistratura, derivanti dalla speciale necessità di garantire anche l'indipendenza interna di ciascun giudice, v. F. BIONDI, *La responsabilità disciplinare: problemi vecchi e nuovi*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2, 2021, 150 ss.

termini di garanzia del corretto esercizio di professioni strettamente connesse con interessi costituzionalmente rilevanti (in particolare diritti fondamentali)³⁹.

La giustificabilità costituzionale non dovrebbe peraltro essere limitata al piano generale della previsione di un potere disciplinare, ma dovrebbe riguardare anche la sua disciplina particolare, in relazione, in particolare, alla tipologia e gravità delle sanzioni irrogabili debba risultare costituzionalmente giustificabile. A livello EDU l'inerenza della sanzione allo *status* soggettivo (ad esempio radiazione, sospensione, ecc.) è un indice della natura disciplinare della sanzione; mentre un livello molto elevato di afflittività (ad esempio per l'incisione sulla libertà personale) indica invece il suo carattere penale⁴⁰. Indici analoghi dovrebbero orientare, in prospettiva interna, la valutazione di ragionevolezza in ordine alla scelta del legislatore di prevedere modelli punitivi eccezionali e delle loro concrete caratteristiche.

Proprio in questa chiave mi sembra possa essere letta una recentissima sentenza della Corte costituzionale sull'ordinamento penale militare dove è stato ribadito che «[l]a Costituzione repubblicana supera radicalmente la logica istituzionalistica dell'ordinamento militare e, ricondotto anche quest'ultimo nell'ambito del generale ordinamento statale, [...] definitivamente impedisce che la giurisdizione penale militare si consideri ancora come “continuazione” della “giustizia disciplinare” dei capi militari, tesa a garantire e rafforzare l'ordine e la gerarchia militare contro le violazioni “più gravi”»⁴¹. Ciò indica, infatti, che nell'attuale regime repubblicano la previsione di un potere disciplinare nell'ambito dell'ordinamento militare è di certo astrattamente giustificabile (e invero esistente e pacificamente ammesso), ma non fino al punto da ricomprendere pene del tipo e della gravità previste dall'attuale codice penale militare.

Alla luce di quanto detto sin qui vanno dunque escluse dalla *materia costituzionalmente penale* le sanzioni punitive che il legislatore ha *legittimamente* configurato quali sanzioni *disciplinari*. Anche in questo caso, pertanto, la riconducibilità di una misura alla materia penale dipende, in ultima istanza, da una *scelta discrezionale del legislatore ordinario*.

Tuttavia, diversamente dalla scelta di prevedere per una determinata fattispecie misure preventive o ripristinatorie invece che punitive, che appare insindacabile o, comunque, assoggettabile a un sindacato di costituzionalità debole, la decisione di prevedere un sistema punitivo disciplinare dovrebbe sempre essere *costituzionalmente giustificabile* e, dunque, dovrebbe essere assoggettata a uno scrutinio stretto della Corte costituzionale finalizzato a valutare l'esistenza di specifici interessi costituzionali in grado di giustificarla.

Come nel caso delle sanzioni preventive e ripristinatorie, peraltro, l'esclusione della sanzione disciplinare dall'ambito della materia costituzionalmente penale non comporta

³⁹ V. sul punto C.E. GALLO, *Autonomia delle professioni e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. II, Bononia University Press, 2018, 218-219. Per riferimenti più ampi alla dottrina e la giurisprudenza v. P.F. BRESCIANI, *Ordini professionali e interesse di categoria*, in *Diritto e società*, 3, 2020, 630 ss.

⁴⁰ V. *supra* Parte I, par. 10.1.1.

⁴¹ Corte cost., sent. n. 244 del 2022, cons. dir. 3.2.1.

l'assenza di vincoli costituzionali che il legislatore è chiamato a rispettare⁴², ma semplicemente che essi sono diversi da quelli derivanti dal *modello costituzionale di disciplina della pena*.

3. *Discussione dei principali corollari dell'adozione di un approccio interpretativo nella materia penale costituzionalmente fondato, sostanzialista e rights-based*

Alla luce di quanto detto sin qui è pertanto possibile affermare che lo *statuto costituzionale della pena* dovrebbe applicarsi a tutte le sanzioni che incidono su diritti fondamentali perseguendo una finalità punitiva, con l'unica eccezione – negli stretti limiti di quanto costituzionalmente giustificabile – delle sanzioni disciplinari.

Di conseguenza, *la stessa disciplina costituzionale deve essere ritenuta applicabile in linea di principio a tutte le sanzioni punitive non disciplinari*, indipendentemente dalla loro qualificazione legislativa come penali, amministrative o civili. In base alla ricostruzione sopra delineata, infatti, i sistemi punitivi penali, amministrativi o civili sono da intendere come *modelli legislativi di disciplina* tra loro alternativi, ma tutti necessariamente conformi all'unico *modello costituzionale di disciplina della pena*.

L'obiettivo di queste ultime pagine non è quello di analizzare le differenze tra i vari modelli punitivi positivamente previsti dal legislatore (quanto a tipologia di pene, modalità di accertamento della responsabilità penale, ecc.), ma di provare a definire i contenuti essenziali del modello di disciplina unitario e valido per ciascuno di essi previsto *a livello costituzionale*, per come esso è sviluppabile nella delineata prospettiva costituzionalmente fondata, sostanzialista e *rights-based*.

Siccome esiste già un'ampissima letteratura sui principi costituzionali in materia penale, cercherò in questo paragrafo di evidenziare per i vari temi esclusivamente due aspetti: 1) le conseguenze su questioni classiche del diritto costituzionale penale del passaggio da un approccio *rules-based* che intende la *Costituzione solo come limite* al diritto penale a un approccio *rights-based* che la intende *anche come fondamento* e 2) il modo in cui tali questioni dovrebbero essere declinate rispetto agli illeciti punitivi amministrativi e civili. Affronterò quindi separatamente nel paragrafo 4 i problemi relativi all'estensione delle garanzie processuali (artt. 111 e 112 Cost.) e del potere punitivo regionale (artt. 25 e 117 Cost.).

3.1. *Legalità come necessità di una base legale adeguata. Concezione della riserva di legge prevista dall'art. 25 Cost. come riserva a intensità variabile*

In un discorso costituzionale *rights-based*, anche la questione fondamentale della legalità penale dovrebbe essere anzitutto inquadrata nell'ambito dell'idea più generale

⁴² Per una ricostruzione aggiornata dell'incidenza della Costituzione sui poteri disciplinari v. S. STACCA, *Il potere disciplinare. Dalla protezione della comunità alla protezione dell'individuo*, Milano, FrancoAngeli, 2018, 52 ss.

per cui tutte le interferenze nei diritti fondamentali necessitano di una *base legale adeguata*⁴³.

In una logica di genere e specie, per la particolare limitazione dei diritti fondamentali rappresentata dalla pena il diritto costituzionale europeo contemporaneo prevede *standard di adeguatezza* particolarmente elevati, corrispondenti, tendenzialmente, all'art. 7 CEDU. Nell'ordinamento costituzionale italiano, in particolare, lo standard rilevante è fissato dell'art. 25 Cost. («Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso»).

In linea con i concetti sviluppati dalla dottrina penalistica, in forza dell'art. 25 sono, cioè, *basi legali inadeguate* per l'infrazione di una pena tutte quelle che non rispettino i principi di irretroattività e determinatezza nonché quello di riserva di legge⁴⁴. Secondo la ricostruzione qui proposta, questi standard dovrebbe considerarsi comuni a tutte le sanzioni riconducibili alla materia costituzionalmente penale.

Tuttavia, mentre la Corte costituzionale ha esteso alle sanzioni amministrative punitive l'operatività dei primi due principi⁴⁵, essa ha invece ritenuto che «il principio della riserva (assoluta) di legge [...] non è [...] applicabile alle leggi [...] che prevedano mere sanzioni amministrative, le quali ben possono rinviare – nel rispetto dei meno stringenti principi desumibili dall'art. 23 Cost. (sentenza n. 115 del 2011) – anche ad atti sublegislativi ai fini dell'integrazione del precetto (amministrativamente) sanzionato»⁴⁶.

Se si accetta l'idea argomentata sin qui che sul piano costituzionale non sia possibile distinguere sanzioni penali e sanzioni amministrative punitive per il solo fatto di essere state qualificate formalmente come tali dal legislatore (come peraltro la Corte ammette al fine di applicare le altre garanzie), un orientamento come questo risulta illogico e privo di giustificazione sistematica.

In una prospettiva sostanzialista, la questione sottesa a questo orientamento parrebbe invece poter essere meglio risolta facendo riferimento allo *specifico diritto fondamentale inciso* dalla singola pena considerata. In altri termini, secondo un paradigma che era già stato presentato in letteratura, l'*intensità della riserva di legge* prevista dall'art. 25 Cost. potrebbe essere considerata *variabile* in ragione del tipo di interesse concretamente tutelato⁴⁷: massima, e cioè tendenzialmente assoluta, per le pene incidenti in via attuale o potenziale sulla libertà personale; minore, e cioè potenzialmente

⁴³ A livello convenzionale, questo deriva dalla necessità che le interferenze siano, in base ai vari articoli CEDU, «*provided for by law*», «*prescribed by law*» o «*in accordance with the law*». A livello interno, lo stesso principio può valere in forza della c.d. riserva di legge implicita in materia di diritti fondamentali (su cui v. A. MORRONE, *Fonti normative. Concetti generali, problemi, casi*, Bologna, Il Mulino, 2022, 160-161).

⁴⁴ Per una ricostruzione di sintesi sul punto v. M. D'AMICO e G. ARCONZO, *Art. 25*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, UTET, 2006, 537 ss.

⁴⁵ Cfr. *supra* Introduzione, par. 2.4.

⁴⁶ Corte cost., sent. n. 134 del 2019, cons. dir. 3.1. L'affermazione del principio è inoltre strettamente connessa alla questione del potere punitivo regionale dato che il caso riguardava una sanzione amministrativa prevista da una legge regionale. Su questo aspetto del problema v. *infra* par. 4.2.

⁴⁷ V. al riguardo le riflessioni di G. AMATO, *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1966, 269 ss. (che pure sottolinea la necessità che, anche in caso di "relativizzazione" della riserva, gli elementi essenziali restino predeterminati dalla legge).

relativa, per quelle incidenti su altri diritti fondamentali di importanza minore, come quelli attinenti alla tutela della proprietà.

Questa ipotesi interpretativa sarebbe peraltro in grado di rendere comunicanti l'osservazione costituzionalistica della formulazione testuale della riserva di legge in termini relativi ("in forza di una legge")⁴⁸ e la tradizione penalistica che ne ha sempre argomentato l'assolutezza – sul piano sostanziale – in *funzione servente* del bene giuridico su cui si considerava la sanzione penale dovesse necessariamente incidere, vale a dire, appunto, la libertà personale⁴⁹. Peraltro, se si considera che la nozione costituzionale di libertà personale è già intesa dal diritto costituzionale vivente come comprendente non solo misure di coercizione fisica, ma anche di cosiddetta degradazione giuridica⁵⁰, risulta evidente come una soluzione di questo tipo non si porrebbe in contrasto con le esigenze garantistiche connesse anche allo stigma associato alla sanzione penale (normativamente sostanziato in termini di iscrizione della condanna nel casellario, pubblicità dell'accertamento, ecc.)⁵¹.

Questa soluzione risponde inoltre a tutte le obiezioni sollevate contro un approccio panpenalistico perché, da un lato, non ha l'effetto di annacquare la garanzia costituzionale – anche in termini di democraticità – prevista per le sanzioni attualmente qualificate come penali (giacché esse incidono tutte, almeno in via potenziale, sulla libertà personale in virtù del meccanismo di conversione); dall'altro, lascia un ampio margine per l'integrazione anche sostanziale del precetto da parte di atti sublegislativi nei casi in cui tale esigenza attualmente si manifesta (ossia in relazione a sanzioni amministrative di carattere meramente pecuniario disciplinate, in parte, da fonti regolamentari).

3.1.1. *Connessione tra adeguatezza della base legale e necessario carattere sostanzialmente giurisdizionale dell'applicazione o revisione della pena*

Su un piano più generale, infine, è importante sottolineare che una concezione della *riserva di legge a intensità variabile* non violerebbe il contenuto essenziale dell'art. 25 Cost. che – nella prospettiva della divisione dei poteri come garanzia contro gli arbitrii – mira a garantire il principio fondamentale di *separazione tra soggetti che stabiliscono la pena e soggetti che sono competenti ad infiggerla*⁵².

⁴⁸ Cfr. C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, CEDAM, 1954, 510.

⁴⁹ Cfr. per tutti F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 38-39.

⁵⁰ Per una ricostruzione del diritto costituzionale vivente sul tema v. Corte cost., sent. 127 del 2022, cons. dir. 5. In dottrina, l'impostazione è quella ben nota prospettata in termini generali già in A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, *passim*.

⁵¹ Cfr. sul punto V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, G. Giappichelli, 2005, 140 ss.

⁵² Al riguardo, per la tradizione di tale principio nella filosofia costituzionale classica, v. *supra* Parte I, par. 2.6. Nella giurisprudenza della Corte questo aspetto è sottolineato in Corte cost., sent. 32 del 2020, cons. dir. 4.3.1 («il divieto in parola erige un bastione a garanzia dell'individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo [...] le leggi [penali retroattive sono «]sentenze in forma di legge»: null'altro, cioè, che "l'esercizio di potere giudiziario" da parte di un Parlamento»). In una prospettiva epistemologica, sulla connessione tra il principio e la verificabilità giuridica dell'accusa quale fondamento di un sistema

Anche nei casi di integrazione del precetto da parte di un'amministrazione pubblica (dipendente dall'indirizzo politico) e di applicazione della sanzione da parte di un organo della medesima, il contenuto essenziale del principio è in realtà nella sostanza rispettato dato che il soggetto punito ha sempre la possibilità di domandarne la revisione a un giudice, indipendente dall'indirizzo politico e dotato di giurisdizione piena⁵³. In altre parole, fintanto che in ultima istanza è un soggetto indipendente a verificare la conformità della pena applicata alla fonte legislativa o sublegislativa, dotato del potere di annullarla o rideterminare il *quantum* concretamente dovuto, il principio di separazione può dirsi rispettato.

Al contrario, il principio deve considerarsi violato e la base legale non adeguata rispetto allo standard fissato dall'art. 25 Cost. quando la legge abilita l'amministrazione a integrare il precetto penale non attraverso l'emaneazione di atti normativi secondari (comunque generali e astratti), ma direttamente in sede di applicazione e attraverso valutazioni discrezionali insindacabili (particolari e concrete), come avviene in tutti i casi di sindacato giurisdizionale limitato per la presenza di un potere amministrativo in senso tecnico. Questo è il caso, ad esempio, della sanzione sostanzialmente disciplinare impugnabile per soli vizi di legittimità dinanzi agli organi di giustizia amministrativa⁵⁴. Nei termini sopra chiariti, infatti, discipline di poteri punitivi di questo genere – in quanto derogatorie allo standard fissato dall'art. 25 Cost. – o sono ragionevolmente giustificate dalla necessità di perseguire interessi costituzionalmente rilevanti o dovrebbero essere considerate contrarie alla Costituzione.

3.2. *Offensività come necessaria giustificabilità costituzionale della pena sotto il profilo oggettivo. Proporzionalità intrinseca delle pene*

In una prospettiva *rights-based*, anche il principio di offensività costituzionale può essere derivato direttamente dalla definizione di pena come limitazione di un diritto fondamentale. Infatti, sul piano generale, non solo ogni interferenza con il godimento di un diritto fondamentale deve avere una base legale adeguata, ma deve anche risultare

penale garantista v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari, Editori Laterza, 2000, 97 ss.

⁵³ Cfr. sul punto, per un'analisi della situazione attuale e nello stesso senso, M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi*, 8, 2018, *passim* e spec. 30 ss.

⁵⁴ Cfr. da ult. Cons. Stato, sez. III, sent. 12 dicembre 2022, n. 10852, dir. 4 e giurisprudenza lì citata («Quanto al tipo di sanzione ritenuta applicabile, giova ricordare che le valutazioni degli organi deputati dell'Amministrazione in sede di procedimento disciplinare sono connotate da ampia [...] discrezionalità amministrativa, non sindacabile in via generale dal giudice della legittimità salvo che in ipotesi di manifesta illogicità e irragionevolezza, evidente sproporzionalità e travisamento dei fatti [...] Spetta all'Amministrazione, in sede di formazione del provvedimento sanzionatorio, stabilire il rapporto tra l'infrazione e il fatto, il quale assume rilevanza disciplinare in base ad un apprezzamento di larga discrezionalità, disponendo, essa, di un ampio potere discrezionale nell'apprezzare autonomamente le varie ipotesi disciplinari, con una valutazione insindacabile [...] Il giudice amministrativo non può, infatti, in nessun caso sostituire le proprie valutazioni a quelle operata dall'Amministrazione, trattandosi di una valutazione che sfugge all'apprezzamento e a un pieno sindacato del giudice amministrativo»).

giustificabile in termini di idoneità, necessità e adeguatezza a proteggere un interesse dello stesso rango (diritto fondamentale altrui o interesse oggettivo dello Stato).

Quest'idea non solo è stata espressamente positivizzata a livello convenzionale⁵⁵, ma è anche comunemente accettata dalla letteratura costituzionalistica in materia di bilanciamento⁵⁶ nonché consolidata nella giurisprudenza costituzionale⁵⁷.

L'impostazione che ne risulta è quella di Bricola, ma generalizzata anche ai diritti fondamentali incisi dalle pene diversi dalla libertà personale⁵⁸. Come già chiarito nella *Teoria generale del reato*, dall'idea di fondo che sia possibile punire esclusivamente quando una punizione può essere giustificata in termini di tutela di un interesse costituzionale concorrente, consegue altresì l'illegittimità costituzionale delle pene sproporzionate rispetto alla finalità astrattamente perseguita e alla concreta gravità del fatto⁵⁹ (cosiddetta proporzionalità intrinseca *in bonam partem*).

Mentre la Corte costituzionale esercita già un sindacato di proporzionalità della pena coerente con questi presupposti (seppur fondandolo sugli artt. 3 e 27 per le sanzioni formalmente penali e sul solo art. 3 per le altre sanzioni punitive)⁶⁰, per nessun tipo di sanzione punitiva il giudice costituzionale si riserva per il momento di valutare la giustificabilità della pena in relazione a uno scopo legittimo (*legitimate aim*) tra quelli derivabili, anche solo implicitamente, dalla Costituzione. La piena adesione a un'impostazione *rights-based* comporterebbe dunque un passaggio, sotto questo profilo, dallo scrutinio debole attualmente condotto in ordine alle scelte di penalizzazione (standard della non manifesta arbitrarietà)⁶¹ a uno *scrutinio stretto di costituzionalità*

⁵⁵ V. *supra* Parte I, par. 10.2.

⁵⁶ Cfr. A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali II, Milano, Giuffrè, 2008, 185 ss.

⁵⁷ La Corte esercita, infatti, uno scrutinio c.d. stretto sulle leggi che incidono sui diritti fondamentali secondo lo schema enunciato, tra le prime volte, in Corte cost., sent. n. 63 del 1994 nei termini che seguono, poi divenuti assolutamente consueti: «Trattandosi di una norma legislativa incidente su un diritto di libertà individuale qualificabile come inviolabile ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, la verifica della legittimità costituzionale della norma [...] deve avvenire secondo i principi del più rigoroso scrutinio, nel senso che, come è stato chiarito dalla sentenza n. 366 del 1991, occorre esaminare se la restrizione prevista sia diretta al soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante e, nello stesso tempo, risulti circoscritta alle operazioni strettamente necessarie alla tutela di quell'interesse».

⁵⁸ Rilevava la generalizzabilità di tale impostazione già F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano, Giuffrè, 1977, 450, dove si sottolineava proprio che «anche la sanzione amministrativa pecuniaria comporta una diminuzione della proprietà, pure essa costituzionalmente garantita». La Corte sembra nell'ultimo periodo aderire a un'impostazione generale di questo tipo quando, nell'ambito del suo sindacato sulla dosimetria della pena, afferma che «rispetto alle sanzioni amministrative il principio di proporzionalità [...] nell'art. 3 Cost. *in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti a volta a volta incisi dalla sanzione*» (corsivo aggiunto) (Corte cost., sent. n. 185 del 2021, cons. dir. 4).

⁵⁹ V. *supra* Parte I, par. 8.2.

⁶⁰ V. *supra* Introduzione, par. 2.4.

⁶¹ Come noto, la Corte svolte in materia di sindacato sulle scelte di criminalizzazione un sindacato di non manifesta irragionevolezza interpretando il principio di offensività come principio che impone «al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale» e, dunque, ritenendo sufficiente l'esistenza di un qualche «interesse meritevole di tutela penale» non necessariamente di rilievo costituzionale (così Corte

(standard della sussistenza di un interesse costituzionalmente rilevante idoneo a giustificare la scelta legislativa).

Rispetto al timore manifestato in letteratura di un'eccessiva costrizione del potere discrezionale del legislatore, l'esperienza comparata mostra che nelle giurisdizioni in cui tale tipo di sindacato è effettivamente ammesso, i casi di incostituzionalità della scelta di incriminazione sotto questo profilo sono comunque rarissimi⁶². Questo dato appare del resto in linea con l'idea, già espressa in letteratura per criticare l'impostazione bricoliana, che sia difficile trovare beni giuridici privi di un riconoscimento almeno implicito in Costituzione⁶³.

Nell'ordinamento costituzionale italiano, peraltro, l'accoglimento del principio di necessaria offensività costituzionale della pena appare strettamente connesso con la finalità rieducativa della pena⁶⁴ in un modo che – pur non molto attestato nella letteratura più recente – la Corte già oggi valorizza nell'ambito del sindacato di proporzionalità. A questo fine, infatti, il giudice costituzionale ha più volte espressamente affermato «che una pena palesemente sproporzionata – e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato – vanifica, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa»⁶⁵. Se si ragiona sempre su questo piano astratto di operatività del principio⁶⁶, non appare irragionevole che – nel contesto di uno Stato ispirato al principio pluralistico – la possibilità di “rieducare attraverso la punizione” sia limitata al cerchio ristretto di valori logicamente riconducibili alla Costituzione. Infatti, anche se in genere questa linea argomentativa è nel dibattito aprioristicamente neutralizzata dalla concezione

cost., sent. n. 265 del 2005, cons. dir. 4; da ult., nello stesso senso, Corte cost., sent. n. 211 del 2022, cons. dir. 7.1, dove è confermato che «il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, può reprimere sul piano penale, come fattispecie di reato, soltanto condotte che, nella loro descrizione tipica comunque rispettosa del principio di legalità, consistano, altresì, in comportamenti dal contenuto offensivo di beni meritevoli di protezione, anche sotto il profilo della loro mera esposizione a pericolo»). In letteratura, da ult., A. BONOMI, *Il principio di offensività del reato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 1, 2021, cfr. 201 ss.

⁶² Cfr. per Canada, Israele e Germania A.L. BENDOR e H. DANCIG-ROSENBERG, *Unconstitutional criminalization*, in *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 2, 2016, 183 ss.

⁶³ V. *supra* Parte I, par. 8.5.

⁶⁴ In termini generali sul punto cfr. M. D'AMICO, *Art. 27*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, UTET, 2006, 565 ss. Nella letteratura penalistica riprende di recente questo aspetto della teoria di F. BRICOLA A. DE LIA, “*Ossi di seppia*”? *Appunti sul principio di offensività*, in *Archivio penale*, 2, 2019, 5-6 e 10.

⁶⁵ Corte cost., sent. n. 68 del 2012, cons. dir. 5 (corsivo aggiunto) e giurisprudenza precedente lì citata; l'argomento è stato poi ripreso espressamente di recente anche in Corte cost., sent. n. 112 del 2019, cons. dir. 8.1.3 («pene eccessivamente severe tendono a essere percepite come ingiuste dal condannato, e finiscono così per risolversi in un ostacolo alla sua rieducazione»).

⁶⁶ Cfr. la classica pronuncia Corte cost., sent. n. 313 del 1990, cons. dir. 8, dove si legge che «la necessità costituzionale che la pena debba “tendere” a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue» (poi ripresa letteralmente nel tempo anche nelle sentt. n. 314 del 1994 e, più di recente, n. 179 del 2017). Sull'importanza sistematica di non ridurre al solo momento esecutivo il senso del principio di rieducazione v. nella letteratura costituzionalistica già A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, 3.

invalsa nella tradizione liberalpenalistica⁶⁷ della rieducazione come mera risocializzazione (ossia come attività meno connessa a questioni di valore), sarebbe chiaramente distonico con l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato ritenere che la Costituzione abiliti una maggioranza politica transeunte alla rieducazione, intesa in senso pieno e orientato ai valori, attraverso l'utilizzo di poteri coercitivi punitivi.

Peraltro, se si accede a una concezione meno ristretta della finalità indicata nell'art. 27 Cost., appare anche poco convincente affermare che la necessaria finalità rieducativa non potrebbe riguardare anche le sanzioni diverse da quelle formalmente penali in quanto «strettamente conness[a] alla logica della pena privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale»⁶⁸. Come peraltro ammesso dalla stessa Corte costituzionale in passato per le pene meramente pecuniarie⁶⁹, qualsiasi pena può in realtà adempiere alla funzione rieducativa attraverso l'intimidazione e l'applicazione⁷⁰ (secondo lo schema pedagogico cosiddetto del castigo)⁷¹.

L'impossibilità logica-fattuale di applicare l'art. 27, comma 3, Cost. alle sanzioni diverse da quelle formalmente penali – presentata quale obiezione alla possibilità di configurare uno statuto costituzionale unitario della pena – si basa pertanto su una concezione ristretta di rieducazione e, per questa ragione, essa pare un'obiezione superabile attraverso il *recupero di una concezione della finalità rieducativa più ampia e orientata ai valori costituzionali*.

Sul piano della legalità ordinaria, infine, l'operatività del principio di necessaria lesività costituzionale per tutte le sanzioni costituzionalmente penali dovrebbe altresì comportare l'estensione del potere di effettuare una valutazione di offensività in concreto a qualsiasi il giudice chiamato ad applicare o revisionare una “pena”⁷². Al momento, infatti, la Corte di Cassazione tende invece a escludere che un sindacato di questo tipo possa essere svolto al di fuori della materia formalmente penale (come, ad esempio, in materia di sanzioni amministrative punitive)⁷³.

⁶⁷ Cfr. per tutti G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 27-28*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1991, 275 e ss. (sui meriti e il futuro della «prospettiva della risocializzazione» 339 ss.) nonché i riferimenti bibliografici lì contenuti, spec. alle note nn. 9 ss. Per una critica di questa tendenza v. però già, per tutto un filone, G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato. II Convegno di Diritto penale – Bressanone 1963*, Padova, CEDAM, 1964, 1 ss. e in part. 8.

⁶⁸ Corte cost., sent. n. 112 del 2019, cons. dir. 8.2.1.

⁶⁹ V. Corte cost., sent. n. 12 del 1966, dove si afferma espressamente che «D'altra parte non è nemmeno da escludere che la pena pecuniaria possa, di per sé, per altro verso, adempiere a una funzione rieducativa». Più di recente Corte cost., sent. n. 136 del 2020 ha riaffermato che «Anche la pena pecuniaria, infatti, partecipa alla funzione rieducativa di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. (sentenze n. 15 del 2020 e n. 233 del 2018)» (cons. dir. 6)

⁷⁰ Cfr., anche per la confutazione delle differenti posizioni dottrinali, A. SIGISMONDI, *Pene pecuniarie e funzione rieducativa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, 151 ss.

⁷¹ In termini generali molto chiaramente sul punto V. MATHIEU, *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano, Rusconi, 1978, 215 ss. e spec. 218.

⁷² V. *supra* Parte I, par. 8.4.

⁷³ Tra molte espressamente in questo senso, ad es., Corte Cass., sez. II civ., sent. 16 febbraio 2016, n. 2956, dove si legge che per un «principio immanente» al sistema delle sanzioni amministrative «non è possibile, invece, escludere la responsabilità amministrativa in base alla valutazione della offensività del

3.2.1. *Opportunità del ripensamento della posizione tradizionale in materia di obblighi costituzionali di tutela penale e interpretazione estensiva della norma penale*

Nell'ambito di un'impostazione interpretativa che prenda sul serio il ruolo non soltanto di limite ma anche di fondamento del diritto costituzionale rispetto al diritto penale, dovrebbero infine essere rimeditati alcuni assunti generali dell'approccio tradizionale. Mi riferisco, in particolare, alle classiche questioni degli *obblighi costituzionali di tutela penale* e al *divieto di interpretazione estensiva della norma penale*, che, in una prospettiva costituzionale, appaiono peraltro tra loro strettamente connesse.

Nella scarsa letteratura costituzionalistica che si è direttamente occupata del tema, è già stato evidenziato infatti che dall'adozione di una *concezione integrale dei diritti costituzionalmente garantiti* (ossia una concezione dei diritti per cui essi comportano non solo facoltà attribuite all'individuo, ma anche il dovere del potere pubblico di dare origine ad "istituzioni di libertà" adeguate al loro effettivo godimento da parte di tutti)⁷⁴ deriva logicamente un *dovere dello Stato di prevenire lesioni di tali interessi* e quindi, almeno nei casi più gravi, un *dovere di esercizio del potere punitivo*⁷⁵. Oggi questo appare confermato anche dalla consolidata giurisprudenza EDU che, entro certi limiti, impone obblighi convenzionali di tutela penale quale obbligazione strumentale alla garanzia di una tutela effettiva dei diritti convenzionali⁷⁶.

Ma più in generale – una volta abbandonata una visione dei rapporti tra diritto costituzionale e diritto penale impostata nei termini del *garantismo meramente individuale*, di matrice liberale, in favore della più comprensiva prospettiva del *garantismo collettivo*⁷⁷ – alle stesse conseguenze si dovrebbe logicamente giungere anche per interessi costituzionalmente rilevanti protetti dall'ordinamento non come diritti soggettivi ma come interessi pubblici di tipo oggettivo, per i quali pure – in un'ottica sociale – sembra argomentabile un analogo dovere dello Stato di prevenire le più gravi lesioni (come, difatti, già accade negli ordinamenti costituzionali che riconoscono

comportamento dell'agente, e cioè della sua idoneità in concreto a realizzare l'effetto vietato, poiché tale valutazione è stata compiuta ex ante dal legislatore con la previsione della norma sanzionatoria e le circostanze in cui si verifica la violazione del divieto non hanno rilievo salvo che siano sussumibili nell'esimente della buona fede».

⁷⁴ Cfr. al riguardo l'argomentazione più estesa di G. GEMMA, *Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire*, in *Diritto e società*, 1986, 476 ss., che muove esplicitamente dalla concezione istituzionale dei diritti di A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975. Per una critica alla concezione di diritti fondamentali su cui si fonda l'approccio tradizionale v. *amplius supra* Parte I, par. 8.5 e in part. nota n. 338.

⁷⁵ Cfr. G. GEMMA, *Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire*, in *Diritto e società*, 1986, 490 ss.

⁷⁶ V. *supra* Parte I, par. 10.2.

⁷⁷ Per le diverse concezioni filosofico-politiche del garantismo v. D. PULITANÒ, *Sui garantismi. Per una reimpostazione del dibattito*, in *Democrazia e diritto*, 1980, 677 ss.

l'esistenza di obblighi costituzionali di tutela penale, come in Germania)⁷⁸. Si pensi, ad esempio, a una disciplina legislativa tributaria che non prevedesse alcuna sanzione per comportamenti manifestamenti lesivi del dovere costituzionale di contribuzione alle spese pubbliche. Mi sembra difficile sostenere che la Costituzione sia indifferente a una simile omissione legislativa.

Peraltro, si noti che l'allargamento della nozione di materia costituzionalmente penale alle sanzioni amministrative e civili punitive appare a questo riguardo una significativa *garanzia della discrezionalità del legislatore*. Per obbligo di tutela penale non dovrebbe difatti intendersi, in questa prospettiva, un obbligo di prevedere sanzioni formalmente penali, ma un *obbligo di tutela preventiva di interessi particolarmente rilevanti mediante sanzioni punitive non manifestamente inadeguate all'importanza costituzionale dell'interesse da proteggere*.

Questo ragionamento dovrebbe altresì fondare la possibilità di concepire il principio di proporzionalità della pena rispetto alla finalità astrattamente perseguita e alla gravità del fatto anche, per così dire, *in malam partem*, vale a dire quale *limite minimo della pena da prevedere in caso di obbligo costituzionale di tutela penale*.

Nella più recente giurisprudenza costituzionale, d'altronde, l'idea che esistano obblighi costituzionale di tutela mediante l'esercizio del potere punitivo è già stata espressamente introdotta. Rispetto alla possibilità di ricorrere a pronunce meramente ablativa su precetti (sostanzialmente) penali la Corte ha infatti affermato molto chiaramente che: «[l]'esigenza di far ricorso a una pronuncia di tipo manipolativo, che sostituisca la sanzione censurata con altra conforme a Costituzione, si pone imprescindibilmente [...] allorché la lacuna di punibilità che conseguirebbe a una pronuncia ablativa, non colmabile tramite l'espansione di previsioni sanzionatorie coesistenti, si riveli foriera di "insostenibili vuoti di tutela" per gli interessi protetti dalla norma incisa: come, ad esempio, quando ne derivasse una menomata protezione di diritti fondamentali dell'individuo o di beni di particolare rilievo per l'intera collettività rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali»⁷⁹.

In linea con quanto già rilevato dalla dottrina più autorevole in materia di costituzionalismo penale⁸⁰ e come riconosciuto apertamente a livello convenzionale⁸¹, da quanto detto finora discende infine anche l'*inconsistenza logico-costituzionale* di un *divieto generale* di interpretazione estensiva della norma penale. Da un punto di vista puramente logico, infatti, è evidente che se l'esercizio del potere punitivo si configura in certi casi come un obbligo di carattere costituzionale, almeno in tali casi disposizioni

⁷⁸ L'esperienza tedesca dei *verfassungsrechtliche Pönalisierungspflicht* è ovviamente molto nota alla letteratura penalistica, ma molto meno discussa dai costituzionalisti. Per riferimenti minimi v. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale: la discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, ETS, 2009, 27-28 e spec. nota n. 62, nonché 108-109 e bibliografia, anche straniera, li citata.

⁷⁹ Corte cost., sent. n. 185 del 2021, cons. dir. 3 (corsivi aggiunti).

⁸⁰ V. *supra* Parte I, par. 8.4.

⁸¹ V. *supra* Parte I, par. 10.2.

incriminatrici dalla dubbia estensione dovrebbero essere interpretate non nel modo più favorevole all'imputato, ma in modo da realizzare l'obbligo di tutela penale costituzionalmente imposto. In altre parole, se la cosiddetta *rule of lenity* è assolutamente coerente con la visione del potere punitivo quale istanza pubblica da limitare, tipica di una certa filosofia giuridica liberale⁸², essa dovrebbe essere oggi criticamente rivisitata in ragione della più complessa concezione di punizione quale strumento pubblico per il raggiungimento di fondamentali obiettivi sociali, propria di una filosofia penale costituzionale⁸³.

3.3. *Colpevolezza come necessaria giustificabilità costituzionale della pena sotto il profilo soggettivo*

Se in una prospettiva *rights-based* l'offensività può essere ricostruita nei termini appena indicati come necessaria giustificabilità costituzionale della pena sotto il profilo oggettivo, il principio di colpevolezza appare ricostruibile in termini analoghi sotto quello soggettivo⁸⁴.

Su un piano generale, infatti, un'interferenza nei diritti fondamentali che persegue una finalità punitiva presuppone logicamente la sussistenza di una qualche forma di connessione tra fatto e soggetto da punire (è logicamente necessario individuare un criterio per determinare *chi* punire per un determinato fatto).

Nel contesto europeo, come è confermato dalla giurisprudenza EDU, questo standard minimo è attualmente rappresentato dalla necessaria esistenza di un «*un lien de nature intellectuelle (conscience et volonté) permettant de déceler un élément de responsabilité dans la conduite de l'auteur matériel de l'infraction*»⁸⁵. Quanto all'ordinamento costituzionale italiano, l'art. 27 Cost., come tradizionalmente interpretato sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza costituzionale⁸⁶, si pone in perfetta continuità con tale requisito ostando alla previsione di responsabilità penali per fatti altrui e di natura oggettiva.

Siccome la *colpevolezza come necessaria giustificabilità della punizione sotto il profilo soggettivo* discende direttamente dalla logica punitiva che accomuna tutte le misure rientranti in una definizione costituzionalmente fondata di pena, non vi è ragione

⁸² In termini generali, si tratta cioè di una filosofia giuridica fondata su una «*certaine représentation de la liberté*» per cui «*l'ennemi de la liberté, c'est le pouvoir*» (J. RIVERO, *Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques* (1978), in A. LAUBADÈRE, A. MATHIOT, J. RIVERO e G. VEDEL, *Pages de doctrine*, Lyon, L.G.D.J., 1980, 550-551). Sui rapporti di questa filosofia generale con la filosofia penale dell'approccio tradizionale v. *supra* Parte I, par. 10.2 e spec. nota n. 411.

⁸³ Cfr. ancora G. GEMMA, *Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire*, in *Diritto e società*, 1986, *passim* e in part. 465 ss. e 484 ss.

⁸⁴ Traccia un parallelo analogo paragonando la funzione del principio di colpevolezza a quella del principio di offensività D. PULITANÒ, *Il principio di personalità della responsabilità penale*, in A.M. STILE, S. MANACORDA e V. MONGILLO (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 312.

⁸⁵ *Sud Fondi srl et autres c. Italie* (2009) §116; poi ripreso in *Varvara c. Italie* (2013) §71 e dalla Grande Camera in *G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy* [GC] (2018) §§241-242 e 246.

⁸⁶ V. *supra* Parte I, par. 8.2.

per ritenere che tale principio debba trovare un'applicazione differenziata per i diversi tipi di misure punitive previste dal legislatore⁸⁷.

Questo non significa, peraltro, che il legislatore ordinario sia tenuto a uniformare il coefficiente psicologico previsto per le sanzioni amministrative o civili punitive a quelle formalmente penali, potendo questi *discrezionalmente* subordinare la punizione all'accertamento *di forme più o meno intense di connessione soggettiva* nei limiti del rispetto del principio costituzionale (come, peraltro, in effetti già avviene per le sanzioni amministrative)⁸⁸.

Nella peculiarità del contesto italiano, poi, anche la necessità di poter giustificare la punizione sotto il profilo soggettivo (quale requisito di ragionevolezza) appare strettamente connessa al principio rieducativo, dato che – come peraltro già chiarito dalla Corte costituzionale – «non avrebbe senso la “rieducazione” di chi, non essendo almeno “in colpa” (rispetto al fatto) non ha, certo, “bisogno” di essere “rieducato”»⁸⁹. Siccome la capacità rieducativa di pene diverse da quella detentiva non può essere esclusa *a priori*⁹⁰, anche questo è dunque un argomento che conferma, sul piano sistematico, la necessità di ritenere l'intero art. 27 Cost. applicabile anche alle sanzioni non formalmente qualificate come penali.

Da ultimo, si noti che gli effetti sistemici dell'adozione di questa impostazione sarebbero tutto sommato contenuti giacché sia la disciplina generale delle sanzioni amministrative contenuta nella legge n. 689 del 1981 sia le nuove ipotesi di sanzioni pecuniarie civili introdotte, ad esempio, dal d.lgs. n. 7 del 2016 richiedono già

⁸⁷ Nell'ambito di ricostruzioni generali differenti da questa, sottolineano comunque la stretta inerenza alla logica punitiva del principio sia F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, G. Giappichelli, 2017, 71 ss. e 130 ss. sia L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 245. Sul punto v. *funditus* già *supra* Introduzione, par. 3.2.1. Seppur senza fare espresso riferimento all'art. 27 Cost., la Corte costituzionale tende peraltro già a escludere che un soggetto possa subire pene pecuniarie civili in situazioni comparabile all'errore inevitabile sul precetto (v. al riguardo in termini di “affidamento scusabile” Corte cost., sent. n. 104 del 2022, cons. dir. 9 ss. in punto di esonero dalle sanzioni civili per la mancata iscrizione alla Gestione separata INPS relativamente al periodo precedente l'entrata in vigore della norma di interpretazione autentica e, successivamente, nello stesso senso, anche sent. n. 238 del 2022, cons. dir. 7).

⁸⁸ Come noto, questo già avviene ad es. in relazione all'interpretazione dell'art. 3 della legge n. 689 del 1981 relativo all'elemento soggettivo che, a differenza di quello penale, la Cassazione ricostruisce nei termini che seguono: «il principio generale posto dalla L. n. 689 del 1981, art. 3 secondo cui per le violazioni colpite da sanzione amministrativa è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva od omissiva, sia essa dolosa o colposa, dev'essere inteso nel senso della sufficienza dei suddetti estremi senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, atteso che la norma pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a quest'ultimo l'onere di provare di aver agito incolpevolmente (Cass. n. 664 del 2000; Cass. n. 13610 del 2007; più di recente, in tal senso, Cass. n. 24081 del 2019; Cass. n. 11777 del 2020)» (tra le molte, Corte Cass., sez. II civ., 29 ottobre 2021, n. 30769, dir. 4.4). La connessione soggettiva richiesta per l'accertamento della responsabilità per sanzione amministrativa è dunque *meno intensa* di quella prevista dal codice penale per i delitti, nonostante entrambi gli standard appaiano rispettosi del principio di colpevolezza.

⁸⁹ Corte cost., sent. n. 364 del 1988, cons. dir. 11. Si noti che attenendo alla giustificabilità soggettiva della punizione, l'argomento dovrebbe concorrere a fondare il principio di proporzionalità della pena alla gravità (soggettiva) dell'offesa, su cui *supra* par. 3.2.

⁹⁰ V. *supra* par. 3.2 e note nn. 62 ss.

l'accertamento di un elemento soggettivo che appare in generale conforme al principio di colpevolezza.

3.3.1. *Incostituzionalità della responsabilità solidale prevista in materia sanzionatoria amministrativa*

L'unico aspetto problematico di queste discipline sembra difatti rappresentato dalla cosiddetta *responsabilità solidale* prevista dall'art. 6 della legge n. 689 del 1981, il quale prevede che siano obbligati a pagare la pena pecuniaria in solido con l'autore della violazione – con diritto di regresso – il «proprietario della cosa che servì o fu destinata a commettere la violazione [...] se non prova che la cosa è stata utilizzata contro la sua volontà», la «persona rivestita dell'autorità o incaricata della direzione o della vigilanza [sull']autore della violazione [...] salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto» e la «persona giuridica o l'ente o l'imprenditore [...] se la violazione è commessa dal rappresentate o dal dipendente».

Nonostante la dottrina abbia sempre teso a ricostruire la responsabilità solidale in termini o di responsabilità colposa o, comunque, di mera garanzia patrimoniale (e, dunque, di obbligazione dipendente e accessoria)⁹¹, la giurisprudenza di legittimità consolidata ritiene invece che «all'interno del sistema dell'illecito amministrativo la solidarietà non si limita ad assolvere una funzione di sola garanzia, ma persegue anche e soprattutto *uno scopo pubblicistico di deterrenza generale nei confronti di quanti, persone fisiche o enti, abbiano interagito con il trasgressore* rendendo possibile la violazione, l'obbligazione del coresponsabile solidale possiede una propria indubbia autonomia; e non dipendendo da quella principale, non si estingue con questa»⁹². In altre parole, per la Cassazione «l'individuazione delle categorie di soggetti responsabili [fatta con l'art. 6] esprime un *giudizio legislativo di disvalore* operato nell'area intermedia tra correalità ed estraneità al fatto» e, dunque, che «attraverso forme estese di responsabilità aggravata (fino al limite estremo della responsabilità oggettiva prevista dall'art. 6, comma 3), il sistema mira a dissuadere quelle condotte (in vigilando o in eligendo) che possano agevolare la violazione delle norme amministrative»⁹³.

Da questa impostazione generale consegue, nella pratica, che il pagamento all'obbligato solidale può essere richiesto dall'Amministrazione anche laddove l'autore della violazione è rimasto ignoto⁹⁴ e – piuttosto significativamente – che la morte del trasgressore estingue l'obbligazione del responsabile solidale solo ed esclusivamente se la morte interviene prima del pagamento della somma. Soltanto in questo caso, infatti, il principio pubblicistico di intrasmissibilità agli eredi impedisce l'esercizio del regresso, mentre «se la morte dell'autore del fatto non preced[e] ma segu[e] temporalmente il

⁹¹ Cfr. P. CERBO, *Il principio di solidarietà*, in AA.VV., *La sanzione amministrativa: principi generali*, Torino, Giappichelli, 2012, 205 ss.

⁹² Corte Cass., SS.UU. civ., sent. 22 settembre 2017, n. 22082, dir. 4 (corsivo aggiunto), nonché prima, nello stesso senso in letteratura, R. GIOVAGNOLI e M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 2009, 117 ss.

⁹³ Corte Cass., SS.UU. civ., sent. 22 settembre 2017, n. 22082, dir. 4.1.1 (corsivo aggiunto).

⁹⁴ Così sin da Corte Cass., SS.UU. civ., sent. 29 gennaio 1994, n. 890.

pagamento della sanzione da parte del coobbligato solidale, al momento dell'apertura della successione si è già estinta l'obbligazione verso la P.A. [ed] già entrata a far parte del patrimonio ereditario del trasgressore la soggezione di lui al potere di regresso del solvens»⁹⁵ (in altre parole: si tratta ormai di una questione di diritto privato).

In base a questa ricostruzione, dunque, la responsabilità solidale si svolgerebbe ad un piano intermedio tra la logica del diritto pubblico punitivo (che ne ispirerebbe la funzione) e quella del diritto privato (che ne disciplina, però, il funzionamento). Nel complesso, tuttavia, per le Sezioni Unite il «principio di personalità non ne risulta nè contraddetto nè attenuato, ma certamente ricondotto alla sua reale e naturale funzione garantistica, che non esclude la *visione dell'illecito come fatto di rilevanza sociale* piuttosto che quale mero episodio della vita del singolo»⁹⁶.

Questa visione dell'illecito penale – che ammette, direi espressamente, una responsabilità penale di posizione – appare in realtà di dubbia compatibilità con lo standard costituzionale di responsabilità personale sopra ricostruito. La riconduzione della sanzione amministrativa punitiva nell'ambito di operatività dell'art. 27 Cost. dovrebbe pertanto comportare una rimeditazione del diritto vivente almeno nella misura in cui consente la possibilità di irrogare la sanzione in casi di responsabilità oggettiva e di concreta impossibilità di regresso (come nel caso di trasgressore ignoto)⁹⁷.

Anche a voler ammettere che sia possibile ritenere l'istituto della responsabilità solidale astrattamente compatibile con il principio costituzionale di colpevolezza per la presenza del diritto di regresso, peraltro, la sua disciplina attuale sembra porsi comunque in contrasto con l'art. 27, comma 2, Cost. nella misura in cui assegna al soggetto nei cui confronti è irrogata la sanzione l'onere di provare la propria innocenza (per essere stata la cosa usata contro la propria volontà o per non aver potuto impedire il fatto). In altre parole, la concreta strutturazione delle fattispecie comporta un'inversione strutturale e totale dell'onere della prova della colpevolezza, che dovrebbe essere considerata in linea di principio inammissibile in materia costituzionalmente penale⁹⁸.

La problematicità di questo profilo e dell'intero sistema della responsabilità solidale appare in fondo confermata, sul piano sostanziale, se solo si considera quanto segue: *i*) in base all'attuale disciplina e al diritto vivente, l'Amministrazione – che non è tenuta ad

⁹⁵ Corte Cass., SS.UU. civ., sent. 22 settembre 2017, n. 22082, dir. 5.

⁹⁶ Corte Cass., SS.UU. civ., sent. 22 settembre 2017, n. 22082, dir. 4.1.1 (corsivo aggiunto).

⁹⁷ Si consideri che seguendo un ragionamento simile – ma tutto incentrato sulla ragionevolezza della disciplina generale della sanzione amministrativa e ritenendo assorbita la questione relativa all'art. 27 Cost. – Corte cost., sent. n. 27 del 2005 ha dichiarato incostituzionale la disciplina che assoggettava il proprietario del veicolo alla decurtazione dei punti della patente in caso questi omettesse di comunicare all'Amministrazione procedente le generalità del conducente che avesse commesso con il suo veicolo un'infrazione accertata (*cf.* cons. dir. 9.2 dove si afferma che «fondate sono, invece, le censure di violazione dell'art. 3 della Costituzione sotto il profilo della irragionevolezza della disposizione, nel senso che essa dà vita ad una sanzione assolutamente sui generis, giacché la stessa – pur essendo di natura personale – non appare riconducibile ad un contegno direttamente posto in essere dal proprietario del veicolo e consistente nella trasgressione di una specifica norma relativa alla circolazione stradale»).

⁹⁸ Su questo aspetto dell'art. 27 Cost. e sul suo fondamento integrato v. *supra* Parte I, par. 8.2 e spec. nota n. 295.

agire *anche* contro il trasgressore nemmeno quando questi è noto⁹⁹ – potrebbe agire unicamente contro il responsabile in solido e ottenerne la condanna senza dare alcuna prova della sua colpevolezza; *ii*) se successivamente il responsabile in solido agisce contro il trasgressore per il regresso, questi è ammesso a provare l'insussistenza dei presupposti per la sua punizione¹⁰⁰ con la conseguenza che è in questo secondo giudizio che si determina chi è definitivamente tenuto a sopportare la pena; *iii*) in entrambi i possibili esiti il principio di colpevolezza risulta però violato: infatti, *iii.a*) se l'onere è assolto, a sopportare la pena è il responsabile solidale, di cui la colpevolezza non è mai stata provata; *iii.b*) se l'onere non è assolto, a sopportare la pena è il trasgressore, il quale, tuttavia, non è condannato perché un giudice ha ritenuto fondata un'accusa mossa dall'Amministrazione contro di lui, ma unicamente per non essere riuscito a provare la propria innocenza in un processo tra privati.

3.3.2. *Necessità costituzionale di assicurare la personalità della pena nel senso positivo di garanzia dell'effettiva collocazione delle sue conseguenze negative sul colpevole*

Così come l'adesione a un paradigma interpretativo ispirato alla logica più comprensiva della *Costituzione come fondamento del diritto penale* comporta certe conseguenze, per così dire, *in malam partem* in relazione all'offensività¹⁰¹, lo stesso mi pare possa dirsi per la colpevolezza.

Questo profilo è ben messo in luce, mi sembra, proprio dalla posizione delle Sezioni Unite in tema di responsabilità solidale appena esaminato. Tale impostazione generale si basa infatti sull'idea, espressamente affermata dalla Cassazione, che «l'effettiva collocazione finale del peso economico della sanzione dipende da variabili che l'ordinamento non può *nè ha interesse* di regola a controllare nel concreto»¹⁰².

Questo presupposto sembra tuttavia da criticare in punto di principio nella prospettiva del diritto costituzionale. Se la Costituzione rappresenta non solo un limite ma anche il fondamento del potere punitivo, difatti, la colpevolezza non sembra dover essere intesa esclusivamente nel senso tradizionale di *limite negativo* alla possibilità di punire soggetti diversi da quelli effettivamente rimproverabili, ma anche come *criterio positivo* di collocazione finale delle conseguenze negative connesse alla punizione. In

⁹⁹ Cfr. Corte Cass., SS.UU. civ., sent. 22 settembre 2017, n. 22082, dir. 3. Anche rispetto a questo tema la ricostruzione in termini parzialmente pubblicistici e parzialmente privatistici permette di affermare alla Cassazione che, da un lato, «l'autonomia delle posizioni dei soggetti a vario titolo responsabili non vuol dire che la stessa P.A. non debba procedere nei confronti di tutti [per] il generale principio di obbligatorietà dell'azione contro tutti i responsabili» e, dall'altro, che «poi può [però] sanzionare isolatamente entro il termine di prescrizione fissato dall'art. 28 solo alcuni di loro a sua libera scelta» (*sic*).

¹⁰⁰ Cfr. Corte Cass., SS.UU. civ., sent. 22 settembre 2017, n. 22082, dir. 2.1 («La conseguenza (sempre secondo Cass. n. 2064/94) è che, a differenza del caso di morte del trasgressore, nell'ipotesi contemplata dall'art. 14 cit., u.c. l'obbligato solidale che ha pagato la sanzione ha diritto di regresso per l'intero contro l'autore della violazione, il quale, ovviamente, potrà, nel relativo giudizio, sostenere la propria assenza di responsabilità in ordine alla violazione, determinando un accertamento giudiziale incidenter tantum sul punto e con effetti solo nei rapporti interni (e non anche rispetto all'Amministrazione)»).

¹⁰¹ V. *supra* par. 3.2.1 in relazione agli obblighi di tutela penale e al ridimensionamento del divieto di interpretazione estensiva della norma penale.

¹⁰² Corte Cass., SS.UU. civ., sent. 22 settembre 2017, n. 22082, dir. 4.1.1 (corsivo aggiunto).

altre parole, non sembra corretto affermare che l'ordinamento "non ha interesse alla collocazione finale delle conseguenze negative della pena" poiché, al contrario, la collocazione della pena in capo al soggetto rimproverabile è strettamente connessa, da un lato, alla logica punitiva perseguita dal legislatore e, dall'altro, rappresenta il presupposto fondamentale della possibilità della punizione di adempiere alla necessaria funzione rieducativa. Quale effetto deterrente, retributivo o rieducante può sensatamente attendersi da una pena che il soggetto punito è abilitato dall'ordinamento a ricollocare in capo ad altri soggetti?

Questo aspetto problematico è forse meno evidente per le sanzioni formalmente penali, per le quali – incidendo esse tipicamente su beni giuridici personalissimi e infungibili come la libertà personale – il principio di colpevolezza, per il solo fatto di escludere la possibilità di punire formalmente soggetti diversi da quello rimproverabili, comporta anche la collocazione in capo a questi ultimi delle conseguenze negative della pena. Così tuttavia non è per le sanzioni pecuniarie, che rappresentano invece la tipica sanzione dei sistemi punitivi amministrativi e civili. In questi sistemi, il carattere fungibile del bene su cui incide la pena (il denaro) rende il solo aspetto negativo del principio di colpevolezza di per sé inidoneo a garantire *anche* l'effettiva collocazione finale della punizione in capo al colpevole.

Una seria riflessione costituzionale sulle conseguenze dell'applicazione del principio di colpevolezza alle sanzioni punitive ma non formalmente penali dovrebbe dunque tenere in debito conto anche questo problema, che, del resto, è già noto alla letteratura penalfilosofica come *third-party problem*¹⁰³.

Senza poter entrare in questa sede nel merito degli strumenti proposti e discussi per garantire la personalità della pena anche sotto questo *aspetto positivo* (come, ad esempio, la criminalizzazione dell'aiuto finanziario da parte di terzi, la possibilità di sostituire la pena pecuniaria con lavori socialmente utili nei casi di maggior rischio di pagamenti da parte di terzi, ecc.), mi limito qui a sottolineare che un sistema punitivo che preveda un significativo utilizzo di sanzioni pecuniarie o, comunque, impersonali e nessun meccanismo per assicurare la loro collocazione effettiva in capo al colpevole non dovrebbe potersi considerare rispettoso della direttiva costituzionale di cui all'art. 27 Cost. nel suo *aspetto positivo*.

3.4. *Proporzionalità estrinseca delle pene. La qualificazione legislativa come limite tendenziale al sindacato intersistemico sulla dosimetria della pena*

L'estensione dell'operatività della Costituzione penale alle sanzioni dovrebbe inoltre comportare la piena operatività del sindacato di proporzionalità della pena rispetto

¹⁰³ I. COCA-VILA, *What's Really Wrong with Fining Crimes? On the Hard Treatment of Criminal Monetary Fines*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2021, 13 ss. Sul carattere impersonale della pena pecuniaria in generale L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari, Editori Laterza, 2000, 415.

a quelle previste per gli altri illeciti, ossia la cosiddetta valutazione di proporzionalità estrinseca o cardinale¹⁰⁴ o di razionalità della scala punitiva¹⁰⁵.

Rispetto ai due profili esaminati, questo terzo profilo appare complessivamente meno problematico dato che la Corte costituzionale ha tradizionalmente fondato il suo sindacato estrinseco sulla dosimetria penale sull'art. 3 Cost.¹⁰⁶ e, dunque, lo ha già applicato anche alle sanzioni amministrative punitive¹⁰⁷. Al riguardo, nonostante l'assenza di ricadute pratiche significative, l'unico rilievo che può essere mosso all'attuale orientamento della Corte costituzionale è dunque che il parametro di valutazione dovrebbe essere esteso e comprendere *anche* l'art. 27 Cost. (come già accade per le sanzioni formalmente penali), in linea, tra l'altro, con quanto già detto sopra in riferimento alla possibilità di applicare il principio rieducativo anche a pene diverse da quelle incidenti sulla libertà personale¹⁰⁸.

Sempre sul tema della razionalità della scala punitiva è infine possibile svolgere due considerazioni di carattere più generale, connesse ad alcune obiezioni mosse contro la possibilità di delineare uno statuto costituzionale unitario della pena. La prima riguarda gli effetti di un simile modello interpretativo sul principio di sussidiarietà (o *extrema ratio*). La seconda, connessa sia alla questione dell'ipotetica giustiziabilità di tale principio sia alla tutela della discrezionalità legislativa, concerne la possibilità per la Corte di sindacare la scelta del tipo di sanzione prevista per un determinato illecito, ossia se il giudizio di proporzionalità della pena rispetto a quelle previste per gli altri illeciti debba necessariamente essere *intrasistemico* (limitato, cioè, al confronto di pene appartenenti al medesimo sistema punitivo legislativo) o anche, potenzialmente, *intersistemico* (esteso, cioè, al confronto di pene appartenenti a sistemi punitivi legislativi differenti).

Quanto alla prima delle due questioni prospettate, non sembrano esserci ragioni per discostarsi dall'opinione già espressa in letteratura secondo cui il principio di sussidiarietà (o *extrema ratio*) non potrebbe essere riferito a sanzioni non formalmente penali¹⁰⁹. Del resto, esso è sempre stato argomentato a partire dall'incisione della sanzione formalmente penale sulla libertà personale¹¹⁰. Tale fondamento classico, relativo alla particolare rilevanza del diritto fondamentale inciso dalla sanzione, appare perfettamente coerente anche con una prospettiva sostanziale come quella di cui sono qui delineati i tratti essenziali. Peraltro, in questa prospettiva, la limitazione dell'operatività di tale principio alla sola sanzione penale è rafforzata dall'idea – che cercherò di sviluppare affrontando

¹⁰⁴ Ampi riferimenti sul tema in F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022, 160 ss.

¹⁰⁵ Per la tradizione del concetto nella filosofia costituzionale classica v. *supra* Parte I, par. 2.3.1.

¹⁰⁶ V. sul punto A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2, 2019, 789 ss.

¹⁰⁷ *Cfr.*, tra altre, da ult., Corte cost., sent. n. 95 del 2022, che svolge un sindacato sulla proporzionalità estrinseca delle sanzioni amministrative pecuniarie previste per gli illeciti di atti osceni e atti contrari alla pubblica decenza.

¹⁰⁸ V. *supra* par. 3.2 e note nn. 62 ss.

¹⁰⁹ L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 246.

¹¹⁰ Si noti che, come già ricordato, in prospettiva costituzionale la nozione di libertà personale è idonea a ricomprendere anche pene non detentive (v. *supra* nota n. 50).

il tema dell'estensione delle garanzie processuali – secondo cui soltanto la sanzione formalmente penale può incidere sulla libertà personale, dato che per questo tipo di pena la Costituzione impone una forma di accertamento giurisdizionale della responsabilità e, dunque, dovrebbe essere interpretata nel senso di escludere la possibilità di configurare sanzioni amministrative incidenti sulla libertà personale¹¹¹.

La seconda questione è invece più complessa e una sua ipotesi di soluzione può essere qui soltanto problematizzata. Come è noto, la Corte ha finora ammesso due tipi di intervento in materia di proporzionalità estrinseca della pena: 1) un *sindacato di dosimetria penale con pronuncia a “rime obbligate”* nel caso classico «di sostanziale identità tra le fattispecie prese in considerazione [e manifesta] sproporzione sanzionatoria» (con conseguente «rim[ozione del] *vulnus* allineando la risposta punitiva [ingiustificatamente più aspra di una fattispecie] a quella della fattispecie analoga»)¹¹² e, 2) più di recente, un sindacato, anche in assenza di un *tertium comparationis* in senso stretto, *con pronuncia a “rime adeguate”* ogniqualvolta sia riscontrabile «il *vulnus* al principio di proporzionalità della pena» purché siano presenti «nell'ordinamento [...] una o più soluzioni “costituzionalmente adeguate”, che si inseriscano nel tessuto normativo *coerentemente con la logica perseguita dal legislatore*»¹¹³.

In linea generale, pertanto, solo il primo di questi due standard relativo a «sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione»¹¹⁴ sembra poter giustificare un sindacato *intersistemico* in casi – fondamentalmente di scuola – in cui il legislatore prevedesse la punizione di due fattispecie assolutamente omogenee con una sanzione formalmente penale e una sanzione amministrativa (o civile) sostanzialmente penale. In questo caso, applicando i principi consolidati nella giurisprudenza della Corte, il *vulnus* dovrebbe essere effettivamente risolto con la sostituzione della sanzione penale con la sanzione amministrativa (se più mite) quale contenuto di una sentenza a “rime obbligate”¹¹⁵.

In tutti gli altri casi, invece, la *differente logica normativa* sottesa al modello legislativo penale rispetto a quella di altri modelli legislativi punitivi (amministrativo o civile) dovrebbe, almeno in linea tendenziale, escludere la possibilità per la Corte di considerare un “punto di riferimento”¹¹⁶ adeguato una sanzione appartenente a un diverso sistema punitivo legislativo. Come già chiarito, infatti, la scelta qualificatoria del legislatore esprime una *scelta discrezionale di sistema* inerente anche alle modalità di

¹¹¹ V. *infra* par. 4.1.

¹¹² Corte cost., sent. n. 81 del 2014, cons. dir. 5.

¹¹³ Corte cost., sent. n. 95 del 2022, cons. dir. 5 (corsivo aggiunto).

¹¹⁴ Corte cost., sent. n. 81 del 2014, cons. dir. 5.

¹¹⁵ A questa soluzione, nella logica della proporzionalità *in malam partem* indicata *supra* nel par. 3.2.1, dovrebbe derogarsi solo nel caso in cui la sanzione più mite risultasse manifestamente inadeguata ad adempiere un obbligo costituzionale di tutela. In questo caso la “manifesta sperequazione” dovrebbe essere logicamente risolta, infatti, nel senso contrario dato che, se no, la pronuncia della Corte avrebbe l'effetto di violare un obbligo costituzionale di tutela.

¹¹⁶ Nella più recente giurisprudenza costituzionale, questo è infatti, come noto, il limite individuato per salvaguardare la discrezionalità del legislatore a fronte dell'assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate (*cf.* da ult. Corte cost., sent. n. 62 del 2022 7.1 e giurisprudenza precedente lì citata).

accertamento, esecuzione, ecc. della pena ritenute politicamente più adeguate alla repressione di determinati illeciti. Questa scelta sarebbe tuttavia frustrata se la Corte – nel contesto di una valutazione specificamente inerente alla quantità della pena – potesse modificare anche questi altri aspetti della sua disciplina. In altre parole, il necessario rispetto della discrezionalità legislativa sembra comportare una limitazione della possibilità di ricorrere a pronunce a “rime adeguate” nella sola logica *intrasistemica* (in cui la sostituzione può, cioè, avvenire senza incidere anche su altri profili generali della disciplina applicabile).

3.5. *Proporzionalità alle condizioni materiali del soggetto punito. Pena pecuniaria e discriminazione socio-economica*

L’ultimo aspetto su cui occorre soffermarsi è quello relativo alla *necessaria proporzionalità della pena alle condizioni materiali del soggetto punito* e, dunque, all’eguale afflittività della pena. Nonostante anche questo aspetto del principio di proporzionalità affondi le proprie radici nella tradizione filosofica costituzionale¹¹⁷, esso è stato oggetto di minor interesse da parte degli studiosi rispetto ad altri principi della Costituzione penale¹¹⁸.

Tra altre ragioni, questo minore interesse potrebbe essere dipeso dal fatto che il sistema penale italiano è stato tradizionalmente costruito intorno alla pena detentiva, per la quale la questione dell’eguale afflittività si pone in termini meno problematici¹¹⁹. La stessa Corte costituzionale, ponendo a confronto pene detentive e pene pecuniarie proprio sotto questo aspetto, ha difatti da ultimo riconosciuto che «la pena detentiva comprime la libertà personale, che è “bene primario posseduto da ogni essere vivente”, mentre la pena pecuniaria incide sul patrimonio, bene che “non inerisce naturalmente alla persona umana”]; dunque, mentre l’impatto di pene detentive di eguale durata può in linea di principio ipotizzarsi come omogeneo per ciascun condannato, così non è per le pene pecuniarie: una multa del medesimo importo può risultare più o meno afflittiva secondo le disponibilità reddituali e patrimoniali del singolo condannato»¹²⁰.

Se questo dato poteva essere considerato alla stregua di un mero “inconveniente di fatto”¹²¹ nel contesto del sistema formalmente penale perché limitato a situazioni marginali e, dunque, costituzionalmente tollerabile, l’estensione del discorso costituzionale sulla punizione a sistemi punitivi interamente costruiti intorno alla pena pecuniaria – come quello amministrativo e civile – dovrebbe invece imporre di prendere oggi maggiormente sul serio il problema della possibile *diseguale afflizione* della pena. Ciò comporta, mi sembra, la necessità di una ridiscussione critica del modello di

¹¹⁷ V. *supra* Parte I, par. 2.6.

¹¹⁸ V. *supra* Parte I, par. 14.

¹¹⁹ In generale, con ampi riferimenti teorici sul tema, per tutti L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari, Editori Laterza, 2000, 386 ss. e 415 ss.

¹²⁰ Corte cost., sent. n. 28 del 2022, cons. dir. 6.2.

¹²¹ Sulla tendenza a derubricare come meri inconvenienti di fatto questioni connesse all’effettiva capacità economica del soggetto punito *cfr.* G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012, 37 ss. e in part. nota n. 87.

disciplina per edittali (minimi e massimi) in riferimento a pene intrinsecamente caratterizzate da una capacità afflittiva disomogenea.

Nella prospettiva tradizionale, infatti, stabilire un minimo e massimo edittale valido per ciascuno indipendentemente dalle condizioni particolari soggettive è stato in genere considerata la soluzione migliore per garantire, insieme, l'uguaglianza delle persone davanti alla legge e la possibilità di individualizzare la pena in ragione della situazione del caso concreto¹²². A temperamento dell'idea originaria di questo modello, secondo cui la decisione tra il minimo e il massimo edittale sarebbe dovuta dipendere dalla sola gravità (oggettiva e soggettiva) del fatto commesso, il legislatore ha poi previsto negli anni Ottanta che nella commisurazione della pena il giudice debba comunque tenere conto *anche* delle condizioni economiche del condannato¹²³.

In una prospettiva più sostanzialista, tuttavia, l'esistenza stessa di meccanismi di previsione astratta della pena irrogabile totalmente indipendenti dalla capacità economiche del soggetto da punire appare di per sé una *discriminazione sistemica in base alle condizioni personali*¹²⁴. In ragione del modello normativo astratto previsto dal legislatore (minimi e massimi predeterminati), infatti, *la punizione ha sempre e in tutti i casi un effetto tanto più deteriore quanto peggiori sono le condizioni economiche del soggetto punito*.

Anche questo aspetto della proporzionalità è peraltro strettamente legato all'idoneità della pena a rispondere sia alla logica punitiva (retributiva o deterrente) perseguita dal legislatore¹²⁵ sia alla sua concreta possibilità di spiegare il necessario effetto rieducativo. È difatti del tutto evidente che, ad esempio, le sanzioni per le violazioni minori previste dal codice della strada (punite con sanzioni amministrative pecuniarie che non superano, mediamente, i 300 euro) possono avere seri effetti di

¹²² Quest'impostazione è stata poi recepita nella giurisprudenza costituzionale in materia di ragionevolezza delle pene fisse in base alla quale, come noto, «“previsioni sanzionatorie rigide non appai[o]no in linea con il “volto costituzionale” del sistema penale” e [sono] “indiziate” di illegittimità costituzionale, potendo il relativo dubbio essere superato, caso per caso, solo “a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente ‘proporzionata’ rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato”» (da ult. Corte cost., sent. n. 266 del 2022, cons. dir. 5.4.3 e giurisprudenza precedente lì citata).

¹²³ V. art. 133-*bis* cod. pen. nonché art. 11, legge n. 689 del 1981.

¹²⁴ Sottolinea molto chiaramente questo punto in un confronto tra *american way* e *continental way* all'eguaglianza in materia penale J.Q. WHITMAN, *Equality in Criminal Law: Two Divergent Western Roads*, in *Journal of Legal Analysis*, 1, 2009, 136, scrivendo: «*Moreover, Continental justice pursues one form of equality in punishment essentially unknown in America: In imposing fines, Continental law takes account of the offender's ability to pay, in the effort to guarantee that the impact of a fine will be felt equally by both rich and poor. (It was this that led to the famous Finnish case of a 116,000 Euro speeding ticket.)*».

¹²⁵ Questo, del resto, è stato espressamente riconosciuto anche dalla Corte costituzionale, che chiamata a valutare la compatibilità con l'art. 3 Cost. della norma che abilita il giudice ad aumentare sino al triplo la pena pecuniaria quando per le condizioni economiche del reo può presumersi che quella stabilita dalla legge risulti inefficace nel caso concreto, ne ha riconosciuto la legittimità costituzionale in ragione del suo «effetto di adeguare [le] pene alla condizione del reo mettendole in grado di possedere, anche nei confronti degli anzidetti soggetti, quella necessaria efficacia afflittiva e intimidatrice, che rappresenta l'obbiettivo, se non unico, almeno precipuo, di ogni genere di pena, e che altrimenti le pene in questione rischierebbero - a cagione della maggiore capacità economica dei soggetti stessi - di non possedere» (Corte cost., n. 104 del 1968).

deterrenza generale e speciale esclusivamente su una fascia limitata di popolazione, mentre, per tutti gli altri, costituiscono soltanto una sorta di prezzo per poter tenere un comportamento (solo) formalmente vietato¹²⁶.

L'uno e l'altro argomento indicano, pertanto, che, nella stessa logica costituzionale comprensiva e integrale fin qui seguita, anche il principio di proporzionalità della pena rispetto alle condizioni materiali del condannato dovrebbe essere inteso sia come *garanzia individuale* (diritto a non ricevere una pena eccessivamente elevata rispetto alle proprie condizioni, diritto a non essere discriminato in ragione delle proprie condizioni, ecc.) sia come *garanzia collettiva* (necessità di non prevedere pene eccessivamente basse rispetto alle condizioni della persona da punire).

È bene chiarire subito, a questo punto, che l'accettazione di una prospettiva sostanzialista non comporterebbe la frustrazione dell'esigenza formale di predeterminare una regola di calcolo della pena valida per tutti (né di abbandonare il sistema dei minimi e massimi edittali)¹²⁷, ma imporrebbe unicamente di utilizzare modelli astratti che tengano conto della necessità di garantire pene proporzionate alle condizioni materiali del soggetto punito e, perciò, tendenti a un'eguale afflittività.

A tal fine sono presenti, d'altronde, differenti soluzioni normative già sperimentate in altri ordinamenti e nello stesso ordinamento italiano nell'ambito di discipline settoriali.

Una prima possibile soluzione – ben nota alla letteratura penalistica¹²⁸ – è quella adottata nella maggior parte dei paesi europei in cui sono previsti sistemi di determinazione delle pene pecuniarie noti come *day-fine systems*, che consentono un grado più elevato di individualizzazione della pena sotto il profilo della proporzionalità alle condizioni materiali¹²⁹. Questi sistemi prevedono un procedimento di calcolo della pena suddiviso in fasi: in una prima fase si determina il numero di giorni-pena in ragione della gravità dell'offesa; nella seconda si determina il valore monetario di ciascun giorno-pena secondo gli indici di capacità economica stabiliti dal legislatore; infine, si moltiplica il numero di giorni-pena con il loro valore e si ottiene la pena da irrogare. Inoltre, anche se in genere la pena così determinata è imposta in un'unica soluzione, esistono anche variazioni di questo modello in cui la pena pecuniaria – similmente a quella detentiva – è

¹²⁶ Questo argomento trova riscontro nella tradizione della filosofia costituzionale già nella riflessione di Hobbes, su cui v. *supra* Parte I, par. 2.1.1 e spec. nota n. 47. Per riferimenti nella filosofia penale più recente alla questione del concezione della pena come prezzo cfr. M. DONINI, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. Un nuovo paradigma legislativo per la giustizia penale*, in *Sistema Penale*, 20 dicembre 2022, 12 ss.

¹²⁷ Come già anticipato *supra* Parte I, par. 14 (spec. nota n. 475) la necessità di un limite minimo e massimo è stata talora tematizzata entro la categoria della legalità penale (nel senso di necessità di predeterminazione legislativa della quantità della pena).

¹²⁸ Cfr. per tutti, di recente, E. DOLCINI, *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2, 2018, 416 ss.

¹²⁹ Sull'ampia diffusione in Europa cfr. P. FARALDO-CABANA, *Pecuniary Punishments*, in *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*, 2018; sui caratteri generali del modello, che incorpora «*both proportionality and equity*» v. già J.A. GREENE, *Structuring Criminal Fines: Making an 'Intermediate Penalty' More Useful and Equitable*, in *The Justice System Journal*, 1, 1988, 41.

disciplinata come pena continuata¹³⁰. Detto solo incidentalmente, una pena pecuniaria non istantanea, ma continuata potrebbe rientrare più facilmente anche nella logica tradizionale che intende la rieducazione come trattamento prolungato, consentendo l'applicazione di istituti tipici del percorso rieducativo (come i benefici penitenziari) opportunamente ripensati.

Al di là del sistema delle cosiddette quote già previsto per la responsabilità amministrativa delle società e degli enti, che risponde a una logica simile¹³¹ e dei falliti tentativi di riformare il codice penale che prevedevano l'introduzione di un modello di "pena pecuniaria per tassi"¹³², un sistema di calcolo della pena ispirato al modello *day-fine* è stato di recente introdotto nell'ordinamento italiano per determinare l'ammontare della pena pecuniaria sostitutiva di pene detentive brevi dall'art. 71, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 150 del 2022¹³³.

Una seconda possibile soluzione per predeterminare pene in maniera più conforme al principio di necessaria proporzionalità delle condizioni materiali è quella di fissare direttamente *edittali proporzionali* a un indice di capacità economica individuato dal legislatore¹³⁴. Per esempio, molte disposizioni del t.u. intermediazione finanziaria, d.lgs. n. 58 del 1998 s.m.i., prevedono per le sanzioni amministrative un massimale individuato in forma di proporzione del fatturato del soggetto punito¹³⁵. Lo stesso modello di determinazione del massimo edittale è previsto (ma sempre solo in relazione alle imprese) anche dal reg. UE n. 2016/679 in materia di protezione dei dati¹³⁶.

Senza poter qui approfondire oltre la questione dal punto di vista della sua applicazione pratica, in generale si può concludere che anche se è certamente escluso che esista un modello costituzionalmente vincolato di previsione di pene non sproporzionate

¹³⁰ V. L. ERIKSSON e R.E. GOODIN, *The Measuring Rod of Time: The Example of Swedish Dayfines*, in *Journal of Applied Philosophy*, 2, 2007, 125 ss.

¹³¹ V. artt. 10 ss. d.lgs. n. 231 del 2001 s.m.i.

¹³² Per riferimenti al riguardo v. ancora E. DOLCINI, *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2, 2018, 418 e spec. note nn. 111 e 112.

¹³³ Questo articolo prevede in particolare che: «Per determinare l'ammontare della pena pecuniaria sostitutiva il giudice individua il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva. Il valore giornaliero non può essere inferiore a 5 euro e superiore a 2.500 euro e corrisponde alla quota di reddito giornaliero che può essere impiegata per il pagamento della pena pecuniaria, tenendo conto delle complessive condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare». Questa disciplina mostra, peraltro, che nonostante questo modello di disciplina sia in grado di garantire tendenzialmente un maggior grado di individualizzazione, l'introduzione di minimi e massimi per il valore giornaliero possono nei fatti riproporre – se troppo alti o troppo bassi – il problema del modello consueto di determinazione della pena.

¹³⁴ Si noti che la questione è parzialmente diversa da quella delle pene pecuniarie c.d. proporzionali, su cui v. L. GOISIS, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, Giuffrè, 2008, 100 ss. Nell'ambito della giurisprudenza costituzionale relativa alle pene c.d. proporzionali è stato tuttavia chiarita «la legittimità di pene pecuniarie proporzionali senza limite massimo» e, in particolare, che tale modello di determinazione «è pienamente compatibile con il principio [di legalità della pena], cui non è connaturale una determinazione rigida di quale sia la pena massima applicabile in concreto» (così, tra molte, Corte cost., ord. n. 200 del 1993). Sulla base di questi principi, anche la diversa ipotesi di previsione di massimi edittali proporzionali a un indice economico ragionevole stabilito dal legislatore dovrebbe essere considerata costituzionalmente legittima.

¹³⁵ V. art. 187-ter e ss., d.lgs. n. 58 del 1998 s.m.i.

¹³⁶ V. art. 83, parr. 4, 5, 6, reg. UE n. 2016/679.

alle condizioni materiali del soggetto punito ed egualmente afflittive (esiste, cioè, di certo un ampio margine di discrezionalità legislativa al riguardo), dovrebbe però almeno ammettersi che la Costituzione osta alla creazione di interi sistemi punitivi sistematicamente discriminatori poiché caratterizzati dal ricorso a pene connotate da capacità afflittiva disomogenea e, al tempo stesso, dall'assenza di qualsiasi meccanismo idoneo a garantire, sin dal piano astratto, la conformità a questo aspetto della proporzionalità penale.

Questo principio dovrebbe peraltro valere, a maggior ragione, in un contesto costituzionale come quello italiano in cui l'art. 3, comma 2, Cost. impegna espressamente la Repubblica a rimuovere le disuguaglianze di fatto che ostacolano il pieno sviluppo e l'effettiva partecipazione delle persone all'organizzazione del Paese e, dunque, in cui la Costituzione dovrebbe almeno tendenzialmente escludere che l'esercizio di un potere pubblico possa avere, sistematicamente, l'effetto opposto di consolidare o aggravare le disuguaglianze sociali¹³⁷.

3.6. Sintesi della definizione e dei caratteri costituzionali della pena

Per operare un tentativo conclusivo di sintesi dell'analisi condotta sin qui, si può dire che nella prospettiva del diritto costituzionale per "pena" (o "sanzione penale") si dovrebbe intendere una misura limitativa di diritti fondamentali¹³⁸, tendente alla rieducazione¹³⁹, prevista dalla legge¹⁴⁰ per punire¹⁴¹ la persona colpevole¹⁴² della violazione di una norma predeterminata da un potere diverso da quello competente ad applicarla o revisionarla¹⁴³, giustificabile in termini di necessità di tutelare altri interessi costituzionalmente rilevanti¹⁴⁴, proporzionata all'interesse protetto e alla gravità del fatto¹⁴⁵, alle altre pene previste dall'ordinamento¹⁴⁶ e alle condizioni materiali del soggetto punito¹⁴⁷.

Sempre sul piano delle garanzie sostanziali, il modello generale di disciplina costituzionale della "materia penale" così intesa prevede inoltre che, sin dal piano della previsione astratta, le "norme penali" impongano tendenzialmente al potere pubblico

¹³⁷ In letteratura la connessione del principio di eguaglianza sostanziale alla necessità di politiche di riequilibrio sociale è chiara sin da B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, comma 2 della Costituzione*, Padova, CEDAM, 1984, 75 ss.

¹³⁸ V. *supra* par. 2.1.

¹³⁹ V. *supra* parr. 3.2, 3.3 e 3.5.

¹⁴⁰ V. *supra* 3.1.

¹⁴¹ V. *supra* par. 2.2.

¹⁴² V. *supra* par. 3.3 e, nel suo significato positivo relativo alla necessità che la pena ricada effettivamente sulla persona colpevole, 3.3.2.

¹⁴³ V. *supra* par. 3.1.1.

¹⁴⁴ V. *supra* par. 3.2.

¹⁴⁵ V. *supra* par. 3.2 e, nel suo significato positivo relativo alla necessità che esista una tutela penale per alcune lesioni non manifestamente sproporzionata alla loro gravità e che l'applicazione giudiziale sia orientata alla realizzazione di tale finalità, 3.2.1.

¹⁴⁶ V. *supra* 3.4.

¹⁴⁷ V. *supra* 3.5.

l'onere di dimostrare la responsabilità del colpevole (secondo le logiche della presunzione di innocenza¹⁴⁸ e del *nemo tenetur se detegere*¹⁴⁹).

Sul piano della legislazione ordinaria, questi risultati comportano che laddove la specifica disciplina positiva di una misura limitativa dei diritti fondamentali con finalità punitiva si discosti da questi caratteri, essa dovrebbe considerarsi costituzionalmente illegittima (indipendentemente dalla qualificazione legislativa). Deroghe a questo *modello costituzionale di disciplina* sono infatti ammissibili esclusivamente per le sanzioni disciplinari e negli stretti limiti in cui tale tipo di sanzione può essere giustificato nel contesto dell'ordinamento costituzionale¹⁵⁰.

Sul piano più generale del discorso dottrinale, invece, una reale affermazione di nozioni costituzionali autonome di “pena” e “materia penale” sembra suggerire – come già da tempo proposto da Alberto Cadoppi¹⁵¹ – l'opportunità che il termine “penale” fosse usato solo per indicare l'intera materia punitiva contraddistinta, sul piano costituzionale, da quest'unico e unitario modello generale di disciplina e che, al suo posto, si iniziasse a utilizzare un altro aggettivo (come, ad esempio, “criminale”) per riferirsi al particolare modello legislativo tradizionalmente indicato come diritto penale. Ciò contribuirebbe infatti alla semplificazione e chiarificazione del discorso giuridico sulla punizione.

4. *Discussione delle possibili problematiche di sistema connesse all'adozione di una nozione costituzionale unitaria di materia penale*

Tra le obiezioni presentate contro l'adozione di una nozione costituzionale unitaria di materia penale, restano infine da affrontare le possibili problematiche di sistema connesse all'interpretazione degli art. 111 e 112 Cost. (relativi al processo penale) e 117 Cost. (in riferimento alla clausola che riserva allo Stato la disciplina dell'ordinamento penale). In altre parole, è da ultimo necessario chiarire se l'adozione di una nozione costituzionale unitaria di sanzione penale comporterebbe necessariamente, come talora è stato paventato in letteratura, anche l'estensione di tutte le garanzie penalistiche processuali e l'impossibilità per le Regioni di esercitare un proprio potere punitivo.

4.1. *Il diritto processuale penale costituzionale: la possibilità di interpretare le garanzie processuali in funzione servente della tutela dei diritti garantiti da riserve di giurisdizione*

Una prima obiezione di sistema all'impiego di nozioni autonome di “pena” e “materia penale” è difatti che il loro impiego condurrebbe a imporre l'operatività *anche* dell'art. 111 Cost. e, dunque, *anche* delle garanzie legate al giusto processo penale a tutte le sanzioni costituzionalmente penali. In questo modo sarebbe però completamente frustrata la scelta del legislatore di depenalizzare alcuni illeciti (insieme al suo effetto deflattivo del carico della giustizia penale) poiché sarebbe comunque necessario garantire

¹⁴⁸ V. *supra* 3.3.1.

¹⁴⁹ Sull'applicabilità del principio a tutte le sanzioni sostanzialmente penali indipendentemente dalla qualificazione *cf. supra*, Parte I, par. 2.6.

¹⁵⁰ V. *supra* par. 2.6.

¹⁵¹ *Cfr.* A. CADOPPI e P. VENEZIANI, *Manuale di diritto penale*, Padova, CEDAM, 2007, 14.

anche per gli illeciti depenalizzati forme di accertamento giurisdizionale della responsabilità sostanzialmente equivalenti a quelle previste per le sanzioni formalmente penali. Quest'obiezione muove in genere da un paragone con l'art. 6 CEDU, le cui garanzie processuali vanno in linea di principio applicate a tutte le sanzioni convenzionalmente penali, o direttamente in sede di procedimento amministrativo sanzionatorio o, comunque, nel successivo giudizio di revisione della sanzione¹⁵².

A un'obiezione di questo tipo possono tuttavia contrapporsi, mi sembra, i seguenti argomenti.

In primo luogo, per quanto riguarda una presunta necessità di applicare le garanzie processuali già in sede di procedimento amministrativo – come in letteratura è stato effettivamente proposto ispirandosi alla logica convenzionale di attribuire significati autonomi alle nozioni di “giudice” e “processo” tali da ricomprendere anche le amministrazioni e i procedimenti amministrativi sanzionatori¹⁵³ – va anzitutto ricordato che la Corte costituzionale ha in realtà già chiarito che nel contesto dell'ordinamento italiano tali nozioni presuppongono sempre la terzietà soggettiva e non possono, pertanto, essere estese dall'interprete fino a ricomprendere «le amministrazioni [in quanto] portatric[i] di un interesse pubblico specifico [...] e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della [loro] attività istituzionale»¹⁵⁴. Non sarebbe dunque corretto – almeno allo stadio attuale di sviluppo del diritto costituzionale vivente – interpretare l'art. 111, comma 3, Cost. come direttamente applicabile *anche* ai procedimenti amministrativi sanzionatori (nemmeno se condotti da amministrazioni particolarmente rispettose del principio di separazione tra politica e amministrazione, come le amministrazioni indipendenti). Il fatto che la Corte di Strasburgo adotti nozioni diverse e più ampie non rappresenta, del resto, un problema dato che, come ho cercato di chiarire nella Parte II, le nozioni costituzionali dovrebbero restare autonome non solo da quelle legislative, ma anche da quelle del diritto EDU, poiché esse possono rispondere – come effettivamente accade in questo caso – a funzioni sistemiche differenziate¹⁵⁵.

In secondo luogo, per quanto riguarda invece la necessità di applicare le garanzie processuali ai procedimenti giudiziari di revisione della sanzione amministrativa, l'obiezione si basa su una lettura dell'art. 6 CEDU tendenzialmente superata nella giurisprudenza convenzionale più recente, giacché, in realtà, la Corte di Strasburgo tende ormai a escludere la necessaria applicazione delle singole garanzie processuali previste dal suo cosiddetto *criminal limb* ai procedimenti giudiziari di revisione delle sanzioni

¹⁵² V. *supra* Parte I, par. 10.1.

¹⁵³ V. F. GOISIS, *Le sanzioni amministrative e il diritto europeo*, in A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI e F.F. TUCCARI (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2016, 43 ss. (sulla nozione EDU di “giudice”) e 48 (per le conseguenze secondo cui «se la sanzione amministrativa [...] viene inflitta a conclusione del procedimento sanzionatorio, le relative garanzie difensive debbono potersi godere proprio e soprattutto in questa fase, in cui il potere sanzionatorio penale è (inevitabilmente) prima e più direttamente in gioco. Il procedimento è (e non può non essere) *già processo penale, come tale chiamato a conformarsi ad uno schema accusatorio, capace di porre sullo stesso piano accusa e difesa*») (corsivo aggiunto).

¹⁵⁴ Corte cost., sent. n. 13 del 2019, cons. dir. 8.

¹⁵⁵ V. *supra* Parte II, par. 5.

formalmente amministrative ma sostanzialmente penali a condizione che, nel complesso, sia garantito un giusto processo al ricorrente¹⁵⁶. In altre parole, l'art. 6 CEDU impone che il soggetto punito possa far revisionare la propria pena da un giudice indipendente e dotato di giurisdizione estesa al merito, ma non impone che tale giudice proceda rispettando le forme della giurisdizione penale (nemmeno quelle convenzionalmente imposte e nemmeno se tali garanzie non erano state rispettate nemmeno in sede procedimentale). A livello interno – sempre ferma l'esigenza della possibilità di revisione da parte di un giudice dotato di giurisdizione piena¹⁵⁷ – lo stesso livello di garanzia può dunque essere fondato nei commi 1 e 2 dell'art. 111 Cost., che non fanno riferimento al “processo penale”, ma a qualsiasi processo.

In terzo luogo, ragionando sul piano sistematico puramente interno, l'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 3, Cost. sembra poter essere più convincentemente ricostruito – in una prospettiva sostanziale – in *funzione servente* della tutela dei diritti per cui è stata prevista dal legislatore costituzionale una riserva di giurisdizione (come, anzitutto, per la libertà personale)¹⁵⁸. In altre parole, così come in generale l'ordinamento costituzionale riserva la limitazione di certi diritti fondamentali a provvedimenti dell'autorità giudiziaria, quando la loro limitazione consegue – in particolare – all'accertamento di una responsabilità penale, l'accertamento di tale responsabilità si deve svolgere nelle forme giurisdizionali costituzionalmente previste per il “processo penale”.

Un'ipotesi interpretativa come questa – che si sviluppa nell'orizzonte istituzionale del principio di separazione dei poteri e che agganci al diritto fondamentale effettivamente limitato dal potere punitivo l'ambito di operatività delle garanzie processuali previste dall'art. 111, comma 3, Cost. – sembra poter riuscire a rispondere bene all'esigenza ordinamentale fondamentale di non limitare la possibilità per il legislatore di prevedere modelli legislativi punitivi non incentrati su forme di accertamento giurisdizionale dei presupposti della punizione e, dunque, di poter fattivamente differenziare le discipline dei diversi sistemi punitivi. Al tempo stesso, essa non disconosce le esigenze garantistiche tradizionalmente attribuite dai penalisti al giusto processo dato che comporta comunque un obbligo di prevedere una forma di accertamento processuale della responsabilità penale rispettosa dell'art. 111, comma 3,

¹⁵⁶ V. *supra* Parte I, par. 11.1.

¹⁵⁷ V. *supra* par. 3.1.1.

¹⁵⁸ L'argomento della *funzione servente* è stato sviluppato, come noto, nell'ambito della tradizione penalistica soprattutto per argomentare l'assolutezza della riserva di legge penale (sul punto *cf.* sempre F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1973, 38-39). In quel caso, per le ragioni indicate *supra* Parte I, par. 8.1., l'argomento è logicamente viziato dal fatto che non necessariamente tutte le sanzioni penali incidono sulla libertà personale. Se riferito alle garanzie processuali stabilite dall'art. 111 Cost., tuttavia, questo problema logico non si pone dato che è la stessa Costituzione a stabilire un nesso positivo tra misure limitative della libertà personale (anche se non necessariamente penali) e provvedimento giurisdizionale. In questa prospettiva, pertanto, da un lato, la riserva di legge dovrebbe essere considerata assoluta solo se la pena incide sulla libertà personale (non valendo l'argomento della *funzione servente* per tutti gli altri casi), mentre, dall'altro, se una pena incide sulla libertà personale, essa dovrebbe essere sempre applicata al termine di un giusto processo penale (dato che l'art. 13 prevede una riserva di giurisdizione, *al servizio della quale funziona*, nella specifica materia penale, l'art. 111 Cost.).

Cost. ogniqualvolta la pena comporti una restrizione della libertà personale (sempre intesa sia come coercizione fisica sia come degradazione giuridica) o, potenzialmente, di altri diritti costituzionalmente tutelati più intensamente dalla Costituzione mediante una riserva di giurisdizione.

4.2. *La potestà punitiva regionale: i possibili modi di flessibilizzare la clausola di competenza statale in materia di ordinamento penale*

La seconda obiezione di sistema da affrontare riguarda la possibilità che l'adozione di una nozione unitaria di "materia penale" comporti la totale paralizzazione del potere tradizionalmente riconosciuto alle Regioni di prevedere sanzioni amministrative a tutela delle norme dettate nell'esercizio di potestà legislative di loro competenza¹⁵⁹ e, dunque, una compressione dell'autonomia territoriale incompatibile con la forma di Stato regionale complessivamente considerata. L'art. 117 Cost. riserva infatti allo Stato la competenza in materia di "ordinamento penale" e un'interpretazione che ricomprenda anche le sanzioni amministrative punitive nella nozione di materia costituzionalmente penale finirebbe in effetti per riservare, in linea di principio, la loro disciplina allo Stato.

Salvo voler ammettere che la parola "penale" possa assumere significati diversi in diverse parti della Costituzione (il che sembra da escludere per ragioni di coerenza interpretativa), questa seconda obiezione non risulta interamente superabile. L'adozione di una nozione costituzionale autonoma di "materia penale" dovrebbe, cioè, effettivamente comportare un parziale ripensamento dell'estensione dei poteri regionali in materia di punizione.

Tale ripensamento, tuttavia, appare tutto sommato non solo giustificabile, ma anche necessario in un'ottica sostanzialista se si considera che 1) è stata ormai superata anche dalla stessa Corte l'idea che la sanzione formalmente amministrativa sia sempre e comunque meno afflittiva di quella formalmente penale¹⁶⁰ e 2) la riconduzione delle sanzioni formalmente amministrative all'"ordinamento penale" non avrebbe, comunque, necessariamente l'effetto di escludere in assoluto la previsione autonoma di sanzioni amministrative da parte delle Regioni.

1) Quanto al primo argomento, si deve infatti considerare che nella giurisprudenza della Corte costituzionale l'area della competenza dello Stato in materia punitiva – anche prima della riforma del 2001 – è sempre stata sostanzialmente individuata facendo riferimento alla materia penale «intesa come l'insieme dei beni e valori ai quali viene accordata la *tutela più intensa*»¹⁶¹. In particolare, comportando tale forma di tutela «restrizioni della sfera giuridica che si infliggono mediante la pena [che incide] sugli attributi e beni fondamentali della persona umana», tali restrizioni non avrebbero potuto

¹⁵⁹ Sull'estensione non marginale del diritto amministrativo punitivo regionale e, dunque, la rilevanza di questo interesse ordinamentale v. F. PELLIZER ed E. BURANELLO, *Disciplina sulle sanzioni amministrative ed ambito di applicazione*, in AA.VV., *La sanzione amministrativa: principi generali*, Torino, Giappichelli, 2012, 16.

¹⁶⁰ Sul punto v. già *supra* Introduzione, par. 2.2 nonché Parte II, par. 5.

¹⁶¹ Corte cost., sent. n. 172 del 2005, cons. dir. 4 (corsivo aggiunto); nello stesso senso, con riferimenti alla giurisprudenza precedente alla riforma, v. anche sent. n. 185 del 2004, cons. dir. 2.

per la Corte – in ragione degli artt. 3 e 5 Cost. – che essere «stabili[te] in base a una generale e comune valutazione degli interessi della vita sociale, quale può essere compiuta soltanto dalla legge dello Stato»¹⁶². Diversamente, in materia amministrativa, la «configura[zio]ne in maniera immediata [di] sanzioni e [...] illeciti [...] – data la minore gravità delle misure in questione → non avrebbe comportato, per la dottrina e per la Corte, una reale lesione della «fondamentale parità di trattamento di tutti i cittadini nell'intero territorio nazionale»¹⁶³.

Rispetto a questo ragionamento, tuttavia, gli ultimi cinquant'anni hanno visto, da un lato, il consolidamento – anche sotto l'influsso della giurisprudenza EDU – della concezione della proprietà privata come vero e proprio diritto fondamentale¹⁶⁴ e, dall'altro, la maturazione della consapevolezza che l'afflittività della sanzione amministrativa non è, in realtà, necessariamente minore di quella formalmente penale¹⁶⁵. Se questi due presupposti sono validi, sembra difficile non riconoscere anche che l'orientamento che esclude le sanzioni amministrative dalla nozione di “ordinamento penale” unicamente in ragione della loro qualificazione formale appare oggi molto meno giustificato che in passato dato che anch'esse incidono su beni fondamentali della persona e, talora, in modo anche più grave di quanto non facciano le sanzioni formalmente penali.

2) Quanto al secondo argomento, invece, esistono almeno due modi per non paralizzare la potestà punitiva regionale una volta accettata l'idea che l'intera “materia penale” nel senso sopra delineato ricada, in linea di principio, nell'“ordinamento penale”.

Il primo, già da tempo auspicato dagli studiosi del potere punitivo regionale, è l'approvazione di una legge-cornice statale che fissi i principi fondamentali della “materia penale regionale” (fissando, cioè, i tipi di sanzioni, la loro funzione, i limiti di pena, ecc.)¹⁶⁶. Il carattere di competenza esclusiva statale non dovrebbe del resto ostare a una

¹⁶² Corte cost., sent. 21 del 1957, che riprende la posizione dottrinale molto nota espressa in C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, CEDAM, 1954, 94 e nota n. 14.

¹⁶³ L. PALADIN, *Il problema delle sanzioni nel diritto regionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, CEDAM, 1975, 398.

¹⁶⁴ Ricostruisce in generale sul lungo periodo questo processo ispirato al contenuto dell'art. 1 Prot. 1 CEDU che garantisce il “diritto al rispetto dei propri beni” D. MEMMO, *Proprietà e autonomia privata alla luce della giurisprudenza delle Corti europee*, in *Contratto e Impresa*, 6, 2016, 1299 ss. Nella giurisprudenza costituzionale v. ad es. Corte cost., sent. n. 185 del 2021, cons. dir. 6 che riconosce espressamente l'incisione di una sanzione amministrativa pecuniaria sul diritto fondamentale tutelato dagli artt. 42 Cost. e art. 1 Prot. 1 CEDU (in letteratura sottolinea questo aspetto, anche con riferimento alla giurisprudenza sovranazionale, S. PRANDI, *Pene fisse e proporzionalità nel quadro dei rapporti tra diritto amministrativo punitivo e diritto penale*, in *Diritto penale e processo*, 3, 2022, 340), nonché per l'utilizzo interno del solo parametro convenzionale, tra molte, v. ad es. sent. n. 250 del 2017, cons. dir. 6.3.

¹⁶⁵ Nonostante la Corte lo abbia formalmente riconosciuto solo con le sentenze commentate *supra* Introduzione, par. 2.2, si tratta di un dato in realtà sottolineato in letteratura sin da L. ANTONINI, *Le sanzioni amministrative regionali: profili ricostruttivi e aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 1, 1997, 46.

¹⁶⁶ E. CASSETTA, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna*, Milano, Giuffrè, 1982, 57, ma anche – proprio in riferimento all'accoglimento di una prospettiva dell'accoglimento di una nozione di sanzione penale in senso sostanziale – L. PALADIN, *Il problema delle sanzioni nel diritto regionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, CEDAM, 1975, 398-399. Per i riferimenti alle posizioni dottrinali prevalenti che ritengono la legge n. 689 del 1981 una legge vincolante per il legislatore

soluzione di questo genere dato che già ora la giurisprudenza costituzionale ammette che le Regioni possano, in alcuni casi, «concorrere a precisare, *secundum legem*, i presupposti di applicazione delle norme penali statali»¹⁶⁷, consentendo dunque alle Regioni di incidere con proprie leggi – nei limiti indicati dal legislatore statale – nella materia “ordinamento penale”.

Il secondo modo, in assenza di un intervento legislativo, sarebbe lo sviluppo da parte della Corte costituzionale di un orientamento di flessibilizzazione della materia “ordinamento penale” simile a quello già sviluppato per ammettere alcuni interventi regionali nella materia dell’“ordinamento civile” (il cosiddetto “piccolo diritto privato regionale”)¹⁶⁸. In questa materia la Corte – interpretando l’ordinamento civile come un limite generale alla potestà legislativa regionale fondato sul principio di uguaglianza – ammette infatti interventi regionali in tale materia a condizione che essi siano 1) marginali, 2) connessi con una materia di competenza regionale e 3) rispettosi del principio di ragionevolezza¹⁶⁹.

Siccome la Corte costituzionale già considera «la competenza sanzionatoria amministrativa non [...] come materia a sé, ma [come competenza che] accede alle materie sostanziali» (e, dunque, già condiziona l’intervento regionale al rispetto del secondo dei requisiti riassunti)¹⁷⁰, l’adozione di un approccio flessibile sulla scorta di quello adottato per l’“ordinamento civile” comporterebbe unicamente il riconoscimento di due limiti sostanziali ulteriori alla possibilità del legislatore regionale di prevedere sanzioni formalmente amministrative ma costituzionalmente penali: la “marginalità” dell’intervento (declinabile in termini di gravità delle sanzioni previste) e la “ragionevolezza” (nel senso di giustificabilità dell’intervento punitivo regionale per il perseguimento degli scopi rientranti nelle materie di competenza a cui esso accede). In fondo, dunque, un simile sviluppo confermerebbe – in un mutato contesto ordinamentale – l’impostazione originaria che, ammettendo il potere sanzionatorio amministrativo regionale, intendeva abilitare la previsione di sanzioni punitive di minore gravità rispetto a quelle riservate nello Stato e, comunque, nei limiti strettamente necessari alla cura degli interessi affidati alla cura dei legislatori regionali.

Incidentalmente, è opportuno sottolineare che nemmeno questa seconda prospettiva sarebbe in realtà completamente innovativa, ma riprodurrebbe, nella sostanza, una vecchia proposta interpretativa avanzata in letteratura secondo la quale (nell’assenza, al

regionale *cf.* F. PELLIZER e E. BURANELLO, *Disciplina sulle sanzioni amministrative ed ambito di applicazione*, in AA.VV., *La sanzione amministrativa: principi generali*, Torino, Giappichelli, 2012, 19 e spec. nota n. 37.

¹⁶⁷ Corte cost., sent. n. 178 del 2019, cons. dir. 8.3.5 e v. anche giurisprudenza lì indicata. In letteratura *cf.* C. RUGA RIVA, *Diritto penale, Regioni e territorio*, Milano, Giuffrè, 2012, 37-38 nonché, su altri casi di legislazione delegata in materia penale nell’ambito del c.d. modello collaborativo, 133 ss.

¹⁶⁸ Per i termini della riflessione dottrinale sul tema v. A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2008, passim e in part. 115 ss. e 129 ss. e S. GIOVA, «Ordinamento civile» e diritto privato regionale. Un difficile equilibrio nell’unitarietà, Napoli, ESI, 2008, passim e in part. 271 ss.

¹⁶⁹ Corte cost., sent. n. 283 del 2016, 4.2 e giurisprudenza lì citata. Più di recente v. anche F. Viglione, *Il diritto privato regionale nel sistema delle fonti privatistiche: orientamenti incerti della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2, 2013, 387 ss.

¹⁷⁰ Corte cost., sent. n. 121 del 2018, cons. dir. 16.2 e, nello stesso senso, giurisprudenza lì citata.

tempo, di esplicite previsioni costituzionali) alle Regioni si sarebbe dovuta riconoscere – in forza del principio autonomista – la potestà di dettare norme anche formalmente penali, ma di solo rilievo contravvenzionale o di carattere esclusivamente pecuniario, vale a dire di natura minore e marginale¹⁷¹.

Nel complesso, pertanto, nemmeno l'obiezione basata sulla questione regionale sembra realmente preclusiva all'adozione di un modello interpretativo della Costituzione penale fondato su nozioni costituzionali autonome di “pena” e “materia penale”. Al contrario, essa sarebbe l'occasione per rimeditare un orientamento che si basa su presupposti almeno in parte superati e, dunque, che non appare più del tutto coerente con gli sviluppi generali della giurisprudenza costituzionale¹⁷².

5. Stato costituzionale e forma di governo del problema penale: fondamento e limiti costituzionali dell'idea di democrazia penale nel sistema di legalità integrata

In quest'ultimo capitolo, ho cercato di descrivere le linee fondamentali lungo le quali potrebbe essere costruita una dottrina costituzionalmente unitaria del potere punitivo. Nel farlo ho provato in particolare a evidenziare sia che essa si porrebbe in linea di continuità con la più recente giurisprudenza costituzionale sia che le obiezioni sollevate in letteratura contro una simile impostazione potrebbero in realtà essere superate.

Se, per concludere, si guarda non analiticamente ma nell'insieme all'approccio alla Costituzione penale positiva difeso con questa tesi dottorale, si può dire, anzitutto, che esso risulta idoneo a garantire una *piena costituzionalizzazione del potere punitivo* (nel senso, indicato nella Parte I, di idoneità a realizzare gli obiettivi politici minimi di una teoria costituzionale della punizione)¹⁷³. Questa maggiore capacità di costituzionalizzazione deriva, in particolare, da due aspetti.

In primo luogo, esso porta alle ultime conseguenze l'*impostazione soggettivistica*, già propria sia dell'*approccio costituzionalistico* sia dell'*approccio EDU*, ma da entrambi solo parzialmente mantenuta¹⁷⁴. All'idea che sia pena solo quella che incide sulla libertà personale (tipica del primo approccio) e che la pena sia configurabile in termini di lesioni di diritti fondamentali solo nella misura in cui la criminalizzazione interferisca con il normale esercizio di essi (tipica del secondo, oltre che dell'*approccio tradizionale*¹⁷⁵), il modello qui argomentato sostituisce infatti la considerazione fondamentale che *il potere punitivo comporta sempre una limitazione di diritti fondamentali su cui la pena incide*¹⁷⁶. In questo modo diviene infatti possibile fondare – sul piano giuridico-costituzionale – il *principio di funzionalizzazione*¹⁷⁷ e, dunque, riconfigurare il potere di punire come un

¹⁷¹ V. P. ROSSI, *Diritto penale costituzionale*, Palermo, Priulla, 1953, 12 ss.

¹⁷² Nel senso di un necessario ripensamento dell'attuale concezione dell'ordinamento penale *cf.* anche P. CERBO, *Sistemi sanzionatori e autonomia regionale*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 3, 2021, 280 ss.

¹⁷³ *Cfr. supra* Parte I, par. 13.

¹⁷⁴ *Cfr. funditus supra* Parte I, par. 13.1, p.to 2.

¹⁷⁵ *Cfr.* ancora *supra* Parte I, par. 13.1, p.to 2.

¹⁷⁶ *Cfr.* par. 2.1.

¹⁷⁷ V. *supra* Parte I, par. 2.6.

potere discrezionale in senso tecnico, vincolato al perseguimento degli scopi dello Stato costituzionale.

Dato che questa considerazione generale vale potenzialmente sia per l'ordinamento costituzionale sia per quello convenzionale, una concezione basilare del potere punitivo come potere funzionalizzato potrebbe dirsi propria – nel senso solo descrittivo proprio della *prospettiva del diritto* della cosiddetta *interlegality*¹⁷⁸ – del sistema legale complessivamente considerato, ossia del *sistema legale integrato*.

In secondo luogo, la costruzione del discorso nella particolare prospettiva dell'ordinamento costituzionale italiano (e, quindi, in una prospettiva *politicamente più comprensiva* sia di quella convenzionale¹⁷⁹ sia di quella del liberalismo penale, propria dell'approccio tradizionale¹⁸⁰) permette di sviluppare appieno anche i profili della teoria costituzionale della punizione meno connessi alla *libertà individuale* e più connessi all'*uguaglianza* e alle *finalità sociali* che fondano il potere pubblico¹⁸¹. Questo vale non solo in riferimento alla generale fondazione giuridica del principio di proporzionalità alle condizioni materiali del soggetto punito¹⁸², ma anche e soprattutto ai significati cosiddetti *positivi* attribuibili sia a tale principio sia ai classici principi costituzionali di offensività e colpevolezza, che ho qui ricostruito nel senso di comportare, rispettivamente, obblighi costituzionali di tutela (astratti, in capo al legislatore, e concreti, nella forma di necessaria interpretazione estensiva)¹⁸³ e meccanismi normativi idonei ad assicurare che le conseguenze negative della pena ricadano effettivamente sul soggetto colpevole¹⁸⁴.

Sempre in generale, va infine osservato che il raggiungimento di un simile grado di costituzionalizzazione del potere punitivo e, in particolare, l'accettazione del principio di funzionalizzazione comporta in effetti una *riconfigurazione del ruolo della Corte*

¹⁷⁸ V. *supra* Parte I, par. 2.6.

¹⁷⁹ Cfr. sul piano logico *supra* Parte I, par. 5; in generale v. C. CARUSO, *Il "posto" dell'interpretazione conforme alla CEDU*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 4, 2018, 1997 ss., dove si sottolinea che «Se la Costituzione pone, dunque, le coordinate di un processo di integrazione politico-materiale, non altrettanto può dirsi per la CEDU [...] La Convenzione europea è rivolta all'inveramento di un individualismo atomistico, il quale prescinde dall'adempimento, da parte del soggetto privato, di specifici doveri nei confronti della comunità di riferimento e che, in quanto tale, non è sovrapponibile al personalismo comunitario che trova riconoscimento dell'art. 2 Cost. Questa disposizione non si limita a porre un argine agli abusi del potere pubblico nei confronti dell'individuo, secondo una lettura liberale (e negativa) delle libertà individuali (libertà da), ma mira a tutelare l'*homme situé*, la persona nei suoi concreti rapporti sociali e nella sua vita comunitaria. Per questo, la massima espansione delle garanzie, nel linguaggio adottato dalla Corte costituzionale, è cosa ben diversa dall'individualismo libertario eretto a difesa di un soggetto privato «astratto», emancipato dai concreti rapporti sociali e dai tipici conflitti che caratterizzano la società pluralista e, di riflesso, gli ordinamenti nazionali liberaldemocratici».

¹⁸⁰ Sulla connessione tra liberalismo e approccio tradizionale v. *funditus supra* Parte I, par. 9.

¹⁸¹ Per l'identificazione di tali aspetti cfr. *supra* Parte I, par. 2.6. Sulla ipocostituzionalizzazione di questi principi v. *supra* Parte I, par. 14.

¹⁸² Sulla possibilità di fondare questo principio, almeno nel suo senso negativo di divieto di pene sproporzionate per eccesso, anche a livello convenzionale v. *supra* Parte I, par. 10.

¹⁸³ V. *supra* par. 3.2.1.

¹⁸⁴ V. *supra* par. 3.3.2.

costituzionale nella forma di governo del problema penale¹⁸⁵. A questo aspetto si lega anche l'ultima obiezione da considerare – legata al rischio cosiddetto di *over-constitutionalization* (ossia di eccessiva compressione della discrezionalità legislativa) – che è ora necessario affrontare.

Alla luce dell'analisi svolta, questa riconfigurazione non dovrebbe essere intesa come attribuzione al giudice costituzionale né di un ruolo di organo gerarchicamente sovraordinato da un punto di vista formale né dotato di maggiore rilievo sostanziale di quello spettante al legislatore democratico (alla cui eccessiva compressione osterebbe, comunque, a livello di modello teorico di riferimento, il *principio di politicità*¹⁸⁶). In altre parole, una piena costituzionalizzazione del potere punitivo comporta solamente l'accoglimento di una concezione dei rapporti Corte-legislatore ispirata al *paradigma collaborativo* – da tempo individuato come paradigma generale proprio dello Stato costituzionale¹⁸⁷ – anche nella materia penale¹⁸⁸.

Più nel dettaglio, difatti, la concezione del potere punitivo come potere discrezionale comporta effettivamente un dovere per il legislatore penale di fare scelte *costituzionalmente giustificabili*¹⁸⁹ e, conseguentemente, un allargamento dell'estensione del sindacato giurisdizionale attraverso il giudizio di ragionevolezza.

Il legislatore, tuttavia, conserva comunque ampi spazi di discrezionalità anche in questa impostazione. Anzitutto, la maggior parte delle scelte legislative sono assoggettabili unicamente a uno scrutinio di costituzionalità cosiddetto debole, secondo, cioè, lo standard della manifesta arbitrarietà. In base alla ricostruzione proposta, questo è infatti il caso delle scelte riguardanti: 1) il *se punire* (se prevedere, cioè, sanzioni punitive o sanzioni ispirate a diverse finalità); 2) *chi punire* (in relazione al tipo di nesso soggettivo); 3) il *come punire* (in relazione al tipo di pena e alla possibilità di diversificare

¹⁸⁵ Sull'idea che «non sia più molto utile rappresentare (solo) come istituzione di massima garanzia, come centro equilibratore del sistema (ideale), e quindi, per sua natura, esterno rispetto agli altri soggetti-poteri dello stato [ma sia necessario] guardare alla Corte come soggetto-potere tra gli altri soggetti-potere, in una situazione di dialettica (e non solo di supremazia) e magari, per certi aspetti, considerarla anche come agente disequilibratore (sempre rispetto al sistema ideale)» cfr. già P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, *passim* e spec. *ivi* F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, 19 ss. e G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, 103 ss. (le parole di sintesi dei risultati di queste ricerche sono di E. BETTINELLI in *Il Politico*, 3, 1983, 585-586).

¹⁸⁶ Cfr. *supra* Parte I, par. 2.6.

¹⁸⁷ Cfr. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, 523 ss.

¹⁸⁸ Anche un recente lavoro monografico sulla normazione penale in prospettiva costituzionale giunge a una conclusione che mi sembra analoga a questa (cfr. O. PINI, *Norma penale e Corte costituzionale. Processi normativi e itinerari interpretativi tra legislatore e giudice delle leggi*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, 342, dove si afferma in particolare che «rispetto al modello classico di stato di diritto, si potrebbe dunque sostenere, sembra essersi registrato un significativo mutamento: la legge non si configura più come uno schermo assoluto per la giurisdizione, ma all'opposto le funzioni legislativa e giurisdizionale sono poste l'una a fianco dell'altra, entrambe di fronte alla Costituzione»).

¹⁸⁹ Sulla sostituzione della cultura dell'autorità con la cultura della giustificazione quale elemento caratterizzante del costituzionalismo contemporaneo v. M. COHEN-ELIYA e I. PORAT, *Proportionality and the Culture of Justification*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2, 2011, 463 ss. Sul concetto di costituzionalizzazione come operazione culturale v. già il classico G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 337.

i sistemi legislativi punitivi); 4) il *quanto punire* (in relazione alla proporzionalità della pena alla gravità del fatto, alle altre pene assimilabili e alle condizioni materiali del soggetto). Uno scrutinio stretto appare invero argomentabile solo in riferimento alle scelte legislative riguardanti: 1) il *cosa punire* (ossia alla necessità che ogni pena persegua una finalità costituzionalmente rilevante) e 2) lo specifico aspetto del *come punire* relativo alla *scelta tra pena e pena disciplinare* (ossia alla necessità che forme di punizione che derogano al modello di disciplina rappresentato dalla Costituzione penale siano giustificate dal perseguimento di interessi istituzionali costituzionalmente rilevanti e, comunque, non consistano in punizioni eccessivamente gravi). Quanto al primo di questi due profili, peraltro, le esperienze comparate confermano che uno scrutinio stretto sull'offensività costituzionale non comporta, in concreto, una riduzione significativa della libertà del legislatore nelle scelte di penalizzazione, dato che per la maggior parte dei beni giuridici è predicabile una copertura costituzionale almeno implicita¹⁹⁰. A ciò si aggiunge la possibilità, comunque sempre riconosciuta al legislatore, di revisionare la stessa Costituzione per fornire copertura a beni potenzialmente non considerati dal diritto costituzionale positivo vigente¹⁹¹.

Un'eccessiva compressione della discrezionalità legislativa, infine, non deriva nemmeno dal superamento della qualificazione formale quale elemento dirimente per l'operatività delle garanzie e dei principi tradizionalmente riservati alle sanzioni formalmente penali. La riserva di legge, le garanzie processuali e la clausola di competenza esclusiva dello Stato possono infatti essere interpretate in modo da non impedire al legislatore di creare sistemi punitivi legislativi in cui i precetti penali sono integrati da fonti sublegislative o regionali e le sanzioni sono applicate in forme non giurisdizionali¹⁹². È, cioè, possibile limitare l'operatività della riserva di legge assoluta, delle garanzie processuali e della riserva di legge statale alle sole sanzioni incidenti sulla libertà personale o, comunque, di gravità equivalente salvaguardando, al tempo stesso, il livello di garanzia attualmente previsto per le sanzioni formalmente penali e la possibilità di concepire la punizione come fenomeno costituzionalmente unitario.

Se sul piano astratto e teorico, le attribuzioni di Corte costituzionale e legislatore sono dunque ricostruibili in termini complessivamente equilibrati, è però certamente vero che – in concreto e nella pratica – rispetto all'*approccio tradizionale* l'adozione di un approccio più sostanzialista comporta il riconoscimento di maggiori margini di manovra agli organi di garanzia e, quindi, una maggiore apertura alla possibilità di arbitrii giudiziari. Sotto questo aspetto, l'approccio che difendo presenta, in effetti, i caratteri

¹⁹⁰ Cfr. A.L. BENDOR e H. DANCIG-ROSENBERG, *Unconstitutional criminalization*, in *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 2, 2016, 183 ss., dove al riguardo si afferma espressamente che «*However, this approach trivializes constitutional rights and results in a broad interpretation of the conditions that justify their limitation*». A conferma, in una prospettiva più generale, cfr. anche G. PINO, *Costituzione come limite, Costituzione come fondamento, Costituzione come assiologia*, in *Diritto e società*, 1, 2017, 114-115

¹⁹¹ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, G. Giappichelli, 2005, 184 ss.

¹⁹² V. *supra* parr. 3 e 4 ss.

tipici degli *approcci* cosiddetti *neocostituzionalistici* (nel senso descrittivo di approcci al diritto costituzionale fondato sui diritti fondamentali, orientato ai valori, ecc.)¹⁹³ e si espone, di conseguenza, alle critiche generalmente mosse contro questa filosofia del diritto, soprattutto in termini di certezza del diritto e antidemocraticità¹⁹⁴.

Quanto alla prima critica, tuttavia, nelle Parti I e II ho cercato di argomentare – sul piano della teoria costituzionale normativa – la sua *preferibilità* rispetto a un approccio che garantisca una maggiore tutela della certezza del diritto in termini sia di *maggiore capacità di realizzazione dei valori fondamentali del costituzionalismo* sia di *necessità di strutturare il discorso costituzionale interno in modo che esso possa integrarsi con quello sovranazionale*. È bene sottolineare, tuttavia, che la questione dell'accettabilità del *trade-off* giustizia sostanziale-certezza del diritto che appare sottesa alla scelta tra approcci alternativi attiene, in ultima istanza, a un giudizio di valore dell'interprete (dato che il testo della Costituzione appare di per sé compatibile con entrambi).

Quanto alla seconda critica, non ho invece inteso argomentare in nessuna parte del lavoro in favore di una concezione antidemocratica della Costituzione penale, che fondi, cioè, un “governo dei giudici” o un governo “aristocratico”¹⁹⁵ del problema penale. Al contrario, ritengo che una piena costituzionalizzazione del potere punitivo non implichi affatto la legittimazione di alcuna forma di pangiuridicismo, né sostanziale né di metodo¹⁹⁶. Ciò dipende in particolare da tre motivi che è opportuno, in conclusione di questo lavoro di ricerca, esplicitare chiaramente.

Primo, anche se molti dei problemi costituzionali che ho discusso possono essere riformulati in termini di questione di legittimità costituzionale della disciplina positiva (talora anche in *malam partem*)¹⁹⁷, il giudice costituzionale dispone oggi di strumenti idonei a rispettare *in concreto* i corollari discendenti da una concezione collaborativa del suo rapporto con il legislatore¹⁹⁸. Il livello di invasività del suo intervento può difatti ormai variare dal minimo rappresentato dalla sentenza-monito, passando per la doppia pronuncia fino all'adozione di pronunce additive di regole cedevoli in quanto a rime “non obbligate”. Anche se un approccio sostanzialista coerente non può completamente disinteressarsi al profilo dell'effettività delle garanzie legali, in nessuna parte del lavoro

¹⁹³ Cfr. G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2011, 966 ss.

¹⁹⁴ Cfr. al riguardo per tutti G. BONGIOVANNI, voce *Neocostituzionalismo*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011, 768-769.

¹⁹⁵ Cfr. per la critica alle possibili degenerazioni aristocratiche dello Stato costituzionale M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016, 393-394 e, *amplius*, v. ID., *La garanzia aristocratica della democrazia (a proposito della sent. Corte cost. n. 1 del 2014)*, in *Lo stato*, 2, 2014, 187 ss.

¹⁹⁶ Sulla «minaccia del pangiuridicismo costituzionale» v. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi*, 12, 2021, 176 ss.

¹⁹⁷ La Corte costituzionale ha già ammesso molte volte la possibilità di pronunciare sentenze in *malam partem* superando sia il problema della rilevanza sia degli effetti nel tempo, comunque limitati ai casi futuri (per un'ampia spiegazione dei termini dell'orientamento consolidato v., tra le molte, Corte cost., sent. n. 5 del 2014, cons. dir. 5.2 ss. e in letteratura da ult. V. NAPOLEONI e V. MANES, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2019, 232 ss.).

¹⁹⁸ V. al riguardo A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, 527 ss.

ho inteso sostenere che sia costituzionalmente necessario adottare, in tutti i casi, una politica giudiziale interventista. L'approccio che ho cercato di sviluppare non è, cioè, di per sé incompatibile con un atteggiamento giudiziale più deferente che affronti con la vecchia tecnica del monito tutti i problemi per cui una soluzione costituzionalmente vincolata è assente.

Secondo, alcuni dei profili che ho esaminato eccedono invece palesemente i limiti del potere di una giurisdizione costituzionale poiché richiedono riforme sistemiche che non possono che rientrare nella competenza del legislatore. Penso, ad esempio, alla necessità di prevedere meccanismi che assicurino la collocazione degli effetti negativi delle pene impersonali sul soggetto colpevole e, almeno in parte, all'introduzione di sistemi di determinazione delle pene con capacità di afflizione disomogenea conformi al principio di proporzionalità rispetto alle condizioni materiali del soggetto punito. L'assenza di un rimedio giurisdizionale per questi problemi non dovrebbe tuttavia essere intesa come motivo di una loro irrilevanza per la scienza costituzionale (come accadrebbe, invece, in una prospettiva metodologica pangiuridicistica). Al contrario, proprio rispetto a questi profili l'analisi costituzionale – specialmente nella sua ampia accezione che include nella prospettiva del diritto anche ragionamenti di filosofia pratica¹⁹⁹ – svolge un'importante funzione critica, evidenziando limiti e principi che la disciplina legislativa *dovrebbe* rispettare anche in assenza di meccanismi di garanzia in grado di imporli agli organi di indirizzo politico ovvero indicando, tra varie soluzioni possibili, quella che appare *più conforme* alla Costituzione²⁰⁰.

Terzo, ultimo e più in generale, mi sembra che l'idea stessa secondo cui un accrescimento dei poteri del giudice costituzionale comporterebbe sempre e comunque una corrispondente riduzione della democrazia – generalmente presupposta dalle critiche agli *approcci neocostituzionalistici* al diritto e insita anche nell'obiezione della *over-constitutionalization* –, dovrebbe essere rifiutata in punto di principio. Nella prospettiva costituzionale, infatti, la nozione stessa di democrazia è legata all'esistenza di un sistema legale idoneo a garantire i presupposti di un suo reale svolgimento²⁰¹. Se ciò vale anche per la democrazia penale, come penso, quest'ultima dovrebbe risultare non indebolita, ma rinforzata dall'adozione di un approccio interpretativo nella materia penale più idoneo a garantire appieno quelli che la filosofia costituzionale individua, da tempo, come suoi presupposti fondamentali: una *tutela effettiva dei diritti umani dei soggetti puniti e delle possibili vittime*, la *piena separazione delle funzioni di indirizzo della politica penale da quelle di garanzia* e il *rispetto di condizioni minime di giustizia sociale*.

¹⁹⁹ Cfr. G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2011, 996-997.

²⁰⁰ Sulla rilevanza di questi aspetti per lo sviluppo di una riflessione costituzionalistica integrale A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi*, 12, 2021, 212.

²⁰¹ Cfr. ancora per tutti sul «differente concetto di democrazia» presupposto dal costituzionalismo A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, 524. Sul rapporto tra democrazia e diritti fondamentali cfr. anche S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012, 62 ss.

RIEPILOGO DELLE TESI SOSTENUTE

1. È in corso una trasformazione della Costituzione penale, intesa come l'insieme dei principi e delle regole della Costituzione che riguardano il diritto penale.

1.1. Questo processo di trasformazione costituzionale, avviato sotto l'influsso della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha disancorato l'applicazione della Costituzione penale dalla qualificazione formale-legislativa della sanzione, creando così le condizioni, anche nel contesto italiano, per lo sviluppo di uno *statuto costituzionale della punizione autonomo dal diritto legislativo* analogo a quello affermatosi nel diritto EDU.

1.2. La trasformazione costituzionale in corso è la conseguenza dell'adozione di un nuovo approccio interpretativo alla Costituzione penale più *sostanzialista* e più basato sui diritti fondamentali (*rights-based*), che sembra idoneo, più in generale, anche a rilanciare il progetto del *costituzionalismo penale*.

2. L'adozione di un approccio interpretativo alla Costituzione penale *sostanzialista* e *rights-based* rappresenta un avanzamento nel processo storico di *costituzionalizzazione del potere punitivo*, inteso come processo indirizzato a realizzare, in materia penale, gli obiettivi politici minimi del costituzionalismo nel senso di filosofia politica normativa.

2.1. La filosofia costituzionale classica, a cui le Costituzioni contemporanee sono storicamente legate, teorizza un potere punitivo da esercitare attraverso i *mezzi* ritenuti *politicamente* più adeguati, ma sempre *funzionalizzato ai fini* pattuiti nel contratto sociale. Per garantire un grado minimo di libertà, devono restare distinti i soggetti che stabiliscono le pene da quelli competenti ad applicarle, le pene non devono essere applicabili retroattivamente e devono essere ragionevolmente giustificabili rispetto alla finalità perseguita. Per realizzare un grado minimo di uguaglianza, le leggi penali devono infine essere sufficientemente determinate da evitare applicazioni arbitrarie e prevedere pene proporzionate alla gravità del fatto e alle condizioni materiali del soggetto da punire.

2.2. Spetta ai costituzionalisti sviluppare una *teoria costituzionale normativa della pena* che orienti l'interpretazione delle Costituzioni penali positive alla realizzazione delle finalità proprie del costituzionalismo.

2.3. L'*approccio interpretativo tradizionale* alla Costituzione penale, affermatosi nella dottrina maggioritaria e giurisprudenza costituzionale del XX secolo e caratterizzato da un'impostazione *formalista* e *oggettivistica (rules-based)*, è idoneo a fondare giuridicamente solo i principi di separazione tra soggetti competenti a prevedere e applicare le pene, irretroattività e determinatezza delle leggi penali; esso ne condiziona però in concreto l'operatività a una scelta politico-legislativa. Quest'approccio realizza

quindi un *basso grado di costituzionalizzazione* e, comunque, solo per le sanzioni formalmente qualificate come penali dal legislatore.

2.3.1. Nonostante il limitato ambito di applicazione della Costituzione penale che caratterizza questo approccio sia stato criticato come un'inammissibile rimessione della scelta sull'operatività di garanzie costituzionali al legislatore ordinario, è in realtà possibile superare quest'obiezione ricostruendo l'approccio in termini di *interpretazione originalista* della Costituzione penale. In questa prospettiva, l'operatività delle garanzie penalistiche non dovrebbe seguire la singola qualificazione legislativa, ma la sua rispondenza al modello storico di disciplina che caratterizzava il sistema penale legislativo al tempo dell'approvazione della Costituzione. Questo indica che l'*approccio tradizionale* non dovrebbe essere criticato nella prospettiva della teoria costituzionale generale, ma, piuttosto, in quella particolare della teoria costituzionale della pena.

2.4. L'*approccio interpretativo costituzionalistico*, introdotto e sviluppato da Franco Bricola come un approccio *costituzionalmente fondato* al diritto penale, ma mai completamente affermatosi nella pratica, sarebbe stato idoneo a realizzare un *maggior grado di costituzionalizzazione*. Esso è infatti in grado di fondare giuridicamente tutti i principi di una teoria costituzionale minima della pena, anche se limita la loro operatività alle sole pene incidenti sulla libertà personale.

2.4.1. Il principale limite dell'*approccio costituzionalistico* deriva dalla definizione di sanzione penale come pena incidente sul diritto fondamentale alla libertà personale. Nella *Teoria generale del reato* questa definizione soggettivistica (*rights-based*) della pena serve a caratterizzare il potere di punire come potere discrezionale in senso tecnico e fondare l'operatività dei diversi aspetti del principio di proporzionalità. La definizione viola, tuttavia, il vincolo di metodo enunciato dallo stesso Bricola come caratterizzante un approccio non legalistico ma *costituzionalmente fondato*, dato che l'incidenza della pena sulla libertà personale è un dato riscontrabile a livello legislativo, ma non costituzionalmente necessario. Un approccio interpretativo della Costituzione penale orientato alla piena costituzionalizzazione del potere punitivo dovrebbe, quindi, superare questo problema definitorio.

2.5. L'*approccio interpretativo EDU*, affermatosi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, garantisce un grado di costituzionalizzazione maggiore di quello dell'*approccio costituzionalistico* sotto il profilo estensivo (i principi si applicano a tutte le sanzioni sostanzialmente penali), ma minore sotto quello intensivo (alcuni principi si applicano solo quando la scelta di penalizzazione interferisce con il normale esercizio di un diritto convenzionalmente tutelato).

2.5.1. Il principale limite dell'*approccio interpretativo EDU* deriva da una concezione dei diritti fondamentali come originariamente limitati dalla possibilità di irrogare punizioni legittime. Secondo questa concezione, la norma penale rileva quale limitazione di un diritto solo nella parte in cui pone una norma di condotta (precepto penale), ma non in quella in cui prevede la norma-sanzione per la sua violazione (pena). Di conseguenza,

se la norma di condotta non interferisce con un diritto convenzionalmente tutelato, l'esercizio del potere di punire dello Stato non deve essere convenzionalmente giustificabile. Un approccio interpretativo della Costituzione penale orientato alla piena costituzionalizzazione del potere punitivo dovrebbe, quindi, superare questo problema.

2.5.2. È invece infondata la critica generalmente mossa contro questo approccio secondo cui l'adozione di una nozione di materia penale comprendente sia le sanzioni formalmente penali sia le sanzioni amministrative (o civili) punitive frustrerebbe le finalità perseguite dal legislatore mediante politiche di depenalizzazione. L'approccio EDU riesce infatti a garantire *ampi margini di differenziabilità dei sistemi punitivi* sia distinguendo tra materia penale e materia disciplinare sia ammettendo la graduazione delle garanzie processuali.

2.6. Un'analisi comparativa dei diversi approcci interpretativi alla Costituzione penale affermatasi nella pratica o teorizzati nel XX secolo mostra che gli approcci che presentano un *maggior grado di costituzionalizzazione* condividono anche la *valorizzazione dell'attività del giudice per la realizzazione della finalità sociale* perseguita dal legislatore (anche con obblighi di tutela penale e interpretazione estensiva della norma penale). Il confronto mostra inoltre un tendenziale disinteresse della scienza giuridica per il *principio di proporzionalità della pena rispetto alle condizioni materiali del soggetto punito*. Un approccio interpretativo della Costituzione penale orientato alla piena costituzionalizzazione del potere punitivo dovrebbe, quindi, prendere sul serio non solo gli *aspetti liberali* (o di *garanzia individuale*), che contraddistinguono, per opzioni politiche presupposte dal metodo giuridico orlandiano, l'*approccio tradizionale*, ma anche questi *aspetti sociali* (o di *garanzia collettiva*), logicamente discendenti dai presupposti di un metodo *costituzionalmente fondato, sostanzialista e rights-based*.

3. Lo *statuto costituzionale della punizione* dovrebbe restare *autonomo* non solo dal diritto legislativo, ma *anche dal diritto EDU*. Nonostante la più recente giurisprudenza costituzionale tenda ad armonizzare l'interpretazione della Costituzione penale con la Convenzione penale (intesa come l'insieme dei principi e regole CEDU che riguardano il diritto penale) e gli approcci interpretativi *costituzionalistico* e *EDU* tendano a convergere nei loro esiti in termini di costituzionalizzazione, non è infatti possibile sviluppare uno statuto della punizione completamente integrato.

3.1. È possibile giustificare sul piano costituzionale l'armonizzazione del contenuto dei *diritti soggettivi* costituzionalmente tutelati con quello dei corrispondenti diritti convenzionali (attraverso forme di c.d. interpretazione costruttiva), come accade nella più recente giurisprudenza costituzionale in materia penale, in particolare, in relazione agli artt. 25 Cost. e 7 CEDU e al *ne bis in idem*.

3.1.1. Il paradigma dei rapporti interordinamentali Costituzione-CEDU definito con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 non è tuttavia formalmente idoneo a giustificare l'armonizzazione. Sarebbe quindi necessario che la Corte costituzionale integrasse il paradigma della "CEDU come parametro interposto", costruito sul solo art. 117 Cost., o

con l'art. 11 Cost. (riconoscendo al diritto convenzionale il ruolo di limitazione di sovranità) o con l'art. 2 Cost. (riconoscendo al diritto convenzionale il ruolo di fonte ricognitiva di diritti inviolabili dell'uomo). Tra le due soluzioni, la seconda appare preferibile perché più in linea con la precedente giurisprudenza costituzionale e perché garantirebbe alla Corte margini di manovra interpretativi più ampi di quelli della dottrina dei controlimiti sviluppata per l'applicazione dell'art. 11 Cost. in relazione al diritto UE.

3.2. Non è invece possibile giustificare sul piano costituzionale l'armonizzazione di istituti, principi e regole di *diritto costituzionale oggettivo* con i corrispondenti istituti, principi e regole convenzionali (come, ad esempio, la nozione di sanzione penale) a causa delle differenti funzioni ordinamentali che essi svolgono nell'ordinamento costituzionale e in quello convenzionale.

3.2.1. Le tesi che propongono una nozione costituzionale di materia penale autonoma al limitato fine di applicare le garanzie soggettive costituzionali, sulla scorta del modello EDU, sono quindi criticabili perché limitano la normatività della Costituzione penale ai soli aspetti di *garanzia individuale* inerenti alla funzione ordinamentale di *tutela dei diritti fondamentali* (che una nozione autonoma da quella legislativa persegue sia nell'ordinamento costituzionale sia in quello convenzionale). Nell'ambito dell'ordinamento costituzionale, tuttavia, la nozione autonoma di materia penale deve anche impedire al legislatore di prevedere sistemi punitivi *oggettivamente non conformi alle direttive di giustizia* contenute nella Costituzione.

3.3. Dall'impossibilità logico-giuridica di sostenere una piena integrazione tra ordinamento costituzionale e ordinamento convenzionale non deriva invece anche l'incompatibilità con la Costituzione di atteggiamenti interpretativi finalizzati a promuovere una sostanziale armonizzazione del diritto costituzionale con quello EDU. Tali pratiche dovrebbero essere però presentate dalla Corte costituzionale come espressioni di scelte di *politica costituzionale cosmopolitista* e, quindi, discusse dalla dottrina sul piano della teoria costituzionale normativa piuttosto che nella prospettiva del diritto positivo, come in genere accade.

4. Un approccio interpretativo della Costituzione penale che garantisca la piena costituzionalizzazione del potere punitivo può essere sviluppata a partire da una *definizione costituzionalmente fondata di pena come limitazione dei diritti fondamentali con finalità punitiva*. Una simile definizione, potendo valere in qualsiasi contesto costituzionale che garantisca i diritti umani, è inoltre idonea a favorire dinamiche di integrazione sovranazionale attraverso il diritto.

4.1. Questa definizione di *materia costituzionalmente penale* dovrebbe comprendere tutte le sanzioni afflittive (formalmente penali, amministrative o civili) a eccezione di quelle che perseguono finalità non punitive, ma *esclusivamente* preventive o ripristinatorie. La definizione non dovrebbe inoltre comprendere le sanzioni *sostanzialmente disciplinari*, qualificate sul piano costituzionale sotto il profilo istituzionale per l'inerenza a un potere

di amministrazione attiva di un interesse pubblico idoneo a giustificare una punizione legale irrogata secondo un modello di disciplina derogatorio rispetto a quello penale e di limitata gravità.

4.1.1. La definizione costituzionale di materia penale resta così *dipendente da scelte discrezionali del legislatore*, ma non in un senso che rimette direttamente l'applicazione della disciplina costituzionale a una scelta del legislatore ordinario. La Costituzione penale dovrebbe infatti applicarsi, indipendentemente dalla formale qualificazione legislativa, ogniqualvolta il legislatore abbia discrezionalmente deciso di affrontare un determinato problema sociale prevedendo sanzioni costituzionalmente penali.

4.2. In una prospettiva *rights-based* il *principio di legalità penale* è ricostruibile in termini di necessità di una *base legale adeguata* per la limitazione del diritto fondamentale su cui incide la pena. In questa prospettiva, la riserva di legge dell'art. 25 Cost. dovrebbe essere concepita come riserva *a intensità variabile* in ragione del diritto fondamentale su cui incide, anche solo potenzialmente, la pena.

4.3. Anche i *principi di offensività e colpevolezza* sono ricostruibili in termini di necessità di una *adeguata giustificazione* per la limitazione del diritto fondamentale su cui incide la pena: il primo sotto il *profilo oggettivo* (necessità, idoneità e proporzionalità a perseguire un interesse costituzionalmente rilevante concorrente) nei termini già normalmente accettati entro la *teoria del bilanciamento*; il secondo sotto quello *soggettivo* (esistenza di una connessione soggettiva tra fatto e soggetto da punire) derivabile quale conseguenza del *principio di ragionevolezza* a partire dalla finalità punitiva perseguita dal legislatore.

4.3.1. Il riconoscimento dell'operatività dei principi di offensività e colpevolezza all'intera materia costituzionalmente penale non avrebbe effetti sistematici dirompenti. Da un lato, nei sistemi costituzionali in cui la giurisdizione costituzionale può operare un sindacato stretto sulla giustificabilità costituzionale delle pene non si registrano aumenti significativi di pronunce di incostituzionalità di scelte di penalizzazione. Dall'altro, tutti i sistemi punitivi attualmente previsti dal legislatore nel contesto italiano prevedono nessi soggettivi rispettosi dello standard costituzionale espresso dal principio di colpevolezza (a eccezione dell'istituto della responsabilità solidale previsto dalla legge n. 689 del 1989 che ammette punizioni per fatti altrui).

4.4. In una prospettiva comprensiva tanto dell'aspetto di garanzia individuale quanto di quello di *garanzia collettiva*, quale deve essere quella costituzionale, ai *principi di offensività e colpevolezza* dovrebbe inoltre essere riconosciuta anche una *valenza positiva* nel senso, rispettivamente, di necessità di prevedere misure di contrasto non manifestamente inadeguate a violazioni gravi di interessi fondamentali (in astratto, nelle forme degli obblighi di tutela penale e, in concreto, dell'interpretazione estensiva della norma penale) e di necessità che gli effetti negativi della punizione siano effettivamente collocati in capo al soggetto colpevole.

4.5. Dai principi di offensività e colpevolezza deriva anche il *principio di proporzionalità della pena alla gravità (oggettiva e soggettiva) dell'offesa*. Tuttavia, siccome i sistemi punitivi formalmente penale, amministrativo e civile differiscono non tanto per gravità delle pene, quanto per modalità di accertamento della responsabilità ed esecuzione delle condanne, la *qualificazione legislativa della sanzione* dovrebbe impedire alla Corte costituzionale di adottare pronunce a rime adeguate in materia di dosimetria penale che abbiano l'effetto di sostituire una pena con una di un tipo legislativo differente.

4.6. Il *principio di proporzionalità alle condizioni materiali del condannato* dovrebbe ostare alla costruzione di sistemi punitivi caratterizzati dal ricorso a pene connotate da capacità afflittiva disomogenea senza la contemporanea previsione di meccanismi idonei a garantire, sin dal piano astratto, una tendenziale *eguale afflittività della pena*.

4.6.1. Il modello dei limiti edittali fissi per le pene pecuniarie, ad esempio, viola questo principio sia nel suo aspetto negativo (divieto di pene eccessive rispetto alla condizione materiale del soggetto punito) sia in quello positivo (necessità di pene non eccessivamente basse). L'assenza di previsione di meccanismi adeguati a garantire una tendenziale eguale afflittività della pena pecuniaria comporta che il sistema penale produca discriminazioni socio-economiche seriali contrarie alla Costituzione e contribuisca a consolidare situazioni di disuguaglianza di fatto in violazione dell'art. 3, comma 2, Cost.

4.7. L'adozione di una nozione costituzionale unitaria di materia penale, autonoma da quella legislativa, non dovrebbe creare problemi di sistema né in relazione alla questione dell'applicazione delle garanzie processuali né a quella del potere punitivo regionale. Quanto alla prima questione, è possibile interpretare le garanzie processuali in funzione servente delle riserve di giurisdizione poste a garanzia di solo alcuni diritti costituzionalmente tutelati e, quindi, escludere la loro applicazione a tutti i casi in cui la pena incide su diritti diversi (riconoscendo così ampi margini di differenziabilità delle discipline dei diversi sistemi punitivi). Quanto alla seconda, esistono mezzi legislativi e giurisprudenziali per continuare a garantire la possibilità delle Regioni di esercitare un proprio potere punitivo nei limiti compatibili con il rispetto del principio di uguaglianza.

5. Nel complesso, l'adozione di un *approccio neocostituzionalistico* per l'interpretazione della Costituzione penale dovrebbe *rinforzare la democrazia penale repubblicana garantendone meglio i presupposti costituzionali* (tutela effettiva dei diritti umani dei soggetti puniti e delle possibili vittime, piena separazione delle funzioni di indirizzo della politica penale da quelle di garanzia e rispetto di condizioni minimi di giustizia sociale). Questo vale, tuttavia, soltanto a condizione che la Corte costituzionale eviti, in concreto, usi abusivi del giudizio di ragionevolezza e si attenga, nei suoi rapporti con il legislatore democratico, al *modello collaborativo* proprio dello Stato costituzionale.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. II, Bononia University Press, 2018
- AA.VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990
- AA.VV., *La sanzione amministrativa: principi generali*, Torino, Giappichelli, 2012
- AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna*, Milano, Giuffrè, 1982
- AA.VV., *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1968
- AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano, Giuffrè, 1977
- AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, tomo I, Torino, G. Giappichelli, 2016
- AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, CEDAM, 1975
- AA.VV., *Studi in onore di Carlo Esposito*, Padova, CEDAM, 1974
- AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, G. Giappichelli, 2005
- AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006
- AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2000
- AA.VV., *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, vol. VII, Torino, G. Giappichelli, 2010
- AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, II Convegno di Diritto penale – Bressanone 1963*, Padova, CEDAM, 1964
- ALBANESI, E., *Corte costituzionale e parere della Corte EDU tra questioni di principio e concretezza del giudizio costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 2021
- ALBERGHINI, D., *A proposito di convenzioni internazionali e parametri di costituzionalità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 1990, 339-344
- ALESSI, R., voce *Responsabilità amministrativa*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1968, 618-622
- AMATO, G., *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1966, 262-274
- AMATO, G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1976
- ANDRIJAUSKAITÈ, A., *Exploring the penumbra of punishment under the ECHR*, in *New Journal of European Criminal Law*, 4, 2019, 363-375
- ANGELETTI, A., *Sanzioni amministrative*, in *Novissimo Digesto Italiano. Appendice*, vol. VI, Torino, UTET, 1986, 938-941
- ANGIOLINI, V. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 1992
- ANGIOLINI, V., *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 2, 1995, 227-253
- ANTOLISEI, F., *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1937, 121-164

- ANTONINI, L., *Le sanzioni amministrative regionali: profili ricostruttivi e aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 1, 1997, 31-84
- ARMSTRONG KELLY, G., in RILEY, P. (a cura di), *The Cambridge companion to Rousseau*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 8-56
- AVBELJ, M. e KOMÀREK, J. (a cura di), *Four Visions of Constitutional Pluralism*, in *EUI LAW*, 21, 2008
- AVERARDI, A., *La costituzione «dimenticata». La funzione rieducativa della pena*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2021, 145-166
- AYERS, M., voce *Locke, John (1632-1704)*, in *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, 1998
- AZZARITI, G., *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Bari, Laterza, 2010
- AZZARITI, G., *I costituzionalisti al tempo di Babele*, in *Diritto pubblico*, 3, 2010, 749-760
- BACCARI, G.M., BONZANO, C., LA REGIONA, K., MANCUSO, E.M. (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Milano, Wolters Kluwer, 2017
- BALDASSARRE, A., *Miseria del positivismo giuridico*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, G. Giappichelli, 2005, 201-230
- BALDUZZI, R. e SORRENTINO, F., voce *Riserva di legge*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989, 1207-1224
- BARATELLA, M.G., *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 1985
- BARATTI, G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1984
- BARBERA, A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, passim
- BARBERA, A., *Art. 2*, in BRANCA, G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, 50-122
- BARBERA, A. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Urbino, Editori Laterza, 1997
- BARBERA, A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in BARBERA, A. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Urbino, Editori Laterza, 1997, 3-42
- BARBERA, A., voce *Costituzione della Repubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, Giuffrè, 2015, 263-358
- BARBERA, A., *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, 1, 2018, 149-172
- BARKHUYSEN, B. et al., *Right to a Fair Trial*, in VAN DIJK, P., VAN HOOFF, F., VAN RIJN, A. e ZWAAK, L. (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2018, 497-654
- BARILE, P., CHELI, E. e GRASSI, S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982
- BARILE, P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984
- BARTOLI, R., *Cifra essenziale, statuto costituzionale e ruolo dell'illecito punitivo*, in CONSULICH, F., MIRAGLIA, M. e PECCIOLI, A. (a cura di), *Alternative al processo penale? Tra deflazione, depenalizzazione, diversione e prevenzione*, Torino, G. Giappichelli, 2019, 15-30

- BASSO, L., *Giustizia e potere. La lunga via del socialismo*, in *Quale Giustizia*, 1971, 644-659
- BAUMAN, Z., *Liquid modernity*, Cambridge, Polity 2000
- BECCHI, P., *Kant retribuzionista*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2022, 362-382
- BENDOR, A.L. e DANCIG-ROSENBERG, H., *Unconstitutional criminalization*, in *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 2, 2016, 171-207
- BENEDETTI, A.M., *Il diritto privato delle Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2008
- BENVENUTI, F., voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, 537-556.
- BENVENUTI, F., *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna*, Milano, Giuffrè, 1982, 33-44
- BERLIRI, F., *Sanzioni amministrative e principi costituzionali della potestà punitiva penale*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna*, Milano, Giuffrè, 1982, 285-303
- BERNARDI, A., *Natura penale e retaggi civilistici della pena pecuniaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1993, 514-568
- BERNARDI, A., *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *L'Indice penale*, 2, 2001, 727-754
- BERNARDI, A., *L'europeizzazione del diritto penale e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, 461-576
- BERNASCONI, C., *Dalla vittimologia al vittimocentrismo: cosa resta della tradizione reocentrica?*, in *Criminalia*, 2021, 209-225
- BERTRAM, C., *Rousseau's Legacy in Two Conceptions of the General Will: Democratic and Transcendent*, in *Review of Politics*, 3 (74), 2012, 403-420
- BERTRAM, C., *Jean Jacques Rousseau*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2020 Edition)*, 2020
- BESTAGNO, F., *Diritti umani e impunità: obblighi positivi degli stati in materia penale*, Milano, Vita e pensiero, 2003
- BETTINELLI, E., *Recensione a Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi*, in *Il Politico*, 3, 1983, 585-590
- BETTIOL, G., *Sistema e valori nel Diritto penale*, in *Jus*, 1940, 6, 517-533
- BETTIOL, G., *Il mito della rieducazione*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, Il Convegno di Diritto penale – Bressanone 1963*, Padova, CEDAM, 1964, 1-19
- BIANCHI, D., *Il problema della "successione impropria": un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema del diritto punitivo?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, 322-360
- BIFULCO, R., CELOTTO, A. e OLIVETTI, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, UTET, 2006

- BIFULCO, R., *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista AIC*, 4, 2014
- BIGNAMI, M., *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, Cedu e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2015, 288-302
- BIN, L., *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2020, 98-141
- BIN, R., *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, Franco Angeli, 2018
- BIN, R., *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria fonti*, in *Diritto costituzionale*, 1, 2019, 11-29
- BIN, R., *Orlando reloaded?*, in CORTESE, F., CARUSO, C. e ROSSI, S. (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano, Franco Angeli, 2020, 395-398
- BIN, R., *Critica alla teoria delle fonti*, Milano, FrancoAngeli, 2022
- BIN, R., BRUNELLI, G., PUGIOTTO, A. e VERONESI, P. (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, G. Giappichelli, 2007
- BIONDI, F., *La responsabilità disciplinare: problemi vecchi e nuovi*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2, 2021, 149-165
- BISSARO, S., *L'ambito di operatività del principio di legalità penale: i confini della materia penale, tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 3, 2017, 1-30
- BOBBIO, N., *Da Hobbes a Marx. Saggi di storia della filosofia*, Napoli, Morano, 1965
- BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965
- BOBBIO, N., voce *Sanzione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1969, 530-540
- BOBBIO, N., *Il preambolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3, 1974, 437-445
- BOBBIO, N., *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*, Chicago, Chicago University Press, 1983
- BOBBIO, N., *Thomas Hobbes*, Torino, Einaudi, 1989
- BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Urbino, Editori Laterza, 2011
- BOK, H., voce *Baron de Montesquieu, Charles-Louis de Secondat*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2018 Edition)*, 2018
- BOLOGNA, C., *Il caso Dobbs e la «terza via»*, in *Lettera AIC*, luglio 2022
- BONGIOVANNI, G. voce *Neocostituzionalismo*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011, 749-772
- BONOMI, A., *Il principio di offensività del reato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 1, 2021, 195-240
- BRANCA, G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975
- BRANCA, G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 24-26*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1981

- BRANCA, G. e PIZZORUSSO, A. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 27-28*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1991
- BRANCA, M., *Anche per le sanzioni amministrative punitive vale il beneficio della lex mitior. Nulla di nuovo per la "doppia pregiudizialità"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2019, 841-850
- BRANDON, M.E., *Constitutionalism*, in TUSHNET, M., GRABER, M.A. e LEVINSON, S. (a cura di), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, 2015, 763-783
- BRAUM, S., *Europäische Strafgesetzhlichkeit*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2003
- BRETTSCHEIDER, C., *Rights within the social contract: Rousseau on punishment*, in SARAT, A., DOUGLAS, L. e MERRILL UMPHREY, M. (a cura di), *Law as Punishment/Law as Regulation*, Stanford, Stanford University Press, 2011, 50-76
- BRESCIANI, P.F., *Ordini professionali e interesse di categoria*, in *Diritto e società*, 3, 2020, 629-645
- BRESCIANI, P.F., *Contro le pene eccessive: al rimedio costituzionale si aggiunge la disapplicazione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2022, 637-641
- BRICOLA, F., *L'istituto della conversione della pena pecuniaria in pena detentiva alla luce dei principi costituzionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, 1073-1084
- BRICOLA, F., *La discrezionalità nel diritto penale. Vol. I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965
- BRICOLA, F., voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1973, 7-93
- BRICOLA, F., *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1967, 1079-1140
- BRICOLA, F., *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitati alla fine degli anni '70*, in *La questione criminale*, 1980, 179-275
- BRICOLA, F., *Art. 25, 2° e 3° comma*, in BRANCA, G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 24-26*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1981, 227-316
- BRICOLA, F., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 1998, 3-35
- BROOKS, T., *Kant's Theory of Punishment*, in *Utilitas*, 2, 2003, 206-224
- BROOKS, T. (a cura di), *Locke and Law*, Padstow, Ashgate Publishing Limited, 2007
- BROWN, K.C. (a cura di), *Hobbes Studies*, Oxford, Blackwell, 1956
- BRUNELLI, G., PUGIOTTO, A. e VERONESI, P. (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassarre. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Delle fonti del diritto*, Napoli, Jovene Editore, 2009
- BRUNELLI, G., PUGIOTTO, A. e VERONESI, P. (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 10, 2019
- BUCHANAN, I., voce *Liquid modernity*, in *A Dictionary of Critical Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2010

- BUFFA, F. e CIVINI, M.G. (a cura di), *Gli speciali di questione giustizia. La Corte di Strasburgo*, 2019
- CADOPPI, A. e VENEZIANI, P., *Manuale di diritto penale*, Padova, CEDAM, 2007
- CADOPPI, A., *Storia del diritto penale*, in CADOPPI, A., CANESTRARI, S., PAPA, M., MANNA, A. (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, vol. 1, Torino, UTET, 2012, 7-60
- CADOPPI, A., CANESTRARI, S., PAPA, M., MANNA, A. (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, vol. 1, Torino, UTET, 2012
- CADOPPI, A. e VENEZIANI, P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Vicenza, Wolters Kluwer, 2018
- CAGNAZZO, A., TOSCHEI, S. e TUCCARI, F.F. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2016
- CALVERT, B., *Locke on Punishment and the Death Penalty*, in *Philosophy*, 264, 1993, 211-299
- CAMERLENGO, Q., *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Giuffrè, Milano, 2007
- CAMERLENGO, Q., *Originalismo e “living Constitutionalism”*, tra domanda di Costituzione e principi supremi, in *Lettera AIC*, luglio 2022
- CAMMEO, F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, Milano, Vallardi, 1910
- CANESTRARI, S., CORNACCHIA, L. e DE SIMONE, G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2017
- CANNADA-BARTOLI, E., voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, 112-127
- CANZIAN, N. e LAMARQUE, E., *Due pesi e due misure. I Trattati internazionali sui diritti umani e gli “altri” obblighi internazionali secondo i giudici italiani*, in *Rivista AIC*, 3, 2020, 373-405
- CAPPELLO, A., *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014
- CAPPUCCI, L., *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, tomo I, Torino, G. Giappichelli, 2016, 412-430
- CARAMASCHI, O., *Il costituzionalismo globale: teorie e prospettive*, G. Giappichelli, Torino, 2022
- CARAVITA, B., *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, comma 2 della Costituzione*, Padova, CEDAM, 1984
- CARDONE, A., voce *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011, 335-422
- CARIOLA, A., *L'ordinamento italiano ed il diritto internazionale: concezioni moniste e dualiste e l'integrazione tra ordinamenti*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassarre. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Delle fonti del diritto*, Napoli, Jovene Editore, 2009, 79-94

- CARETTI, P. e GRISOLIA, M.C. (a cura di), *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, Il Mulino, 2010
- CARLASSARE, L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, CEDAM, 1966
- CARLASSARE, L., voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali II, Milano, Giuffrè, 2008, 536-567
- CARNEVALE, E., *Critica penale. Studio di filosofia giuridica*, Lipari, Caserta & Favalaro, 1889
- CARRIHTERS, D.W., *Montesquieu's Philosophy of Punishment*, in *History of Political Thought*, 2, 1998, 213-240
- CARTABIA, M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in CARTABIA, M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007, 13-66
- CARTABIA, M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007
- CARTABIA, M., *Diritti, giudizi e conflitti*, in *Ars interpretandi*, 1, 2015, 33-49
- CARUSO, C., *Il "posto" dell'interpretazione conforme alla CEDU*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 4, 2018, 1985-2000
- CARUSO, C., MEDICO, F. e MORRONE, A. (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, BUP, 2020
- CARUSO, C., *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Lettera AIC*, luglio 2022
- CARUSO, C. e VALENTINI, C. (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, Il Mulino, 2021
- CASETTA, E., *Illecito penale e illecito amministrativo*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna*, Milano, Giuffrè, 1982, 45-57
- CASETTA, E., voce *Illecito Amministrativo*, in *Digesto Discipline pubblicistiche*, vol. VIII, UTET, Torino, 1993, 598-608
- CASINO RUBIO, M., *El concepto constitucional de sanción administrativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Mº de la Presidencia, 2021
- CASSESE, S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2003
- CATTANEO, M.A. *Hobbes' Theory of Punishment*, in BROWN, K.C. (a cura di), *Hobbes Studies*, Oxford, Blackwell, 1956, 275-297
- CATTANEO, M.A., *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano, Giuffrè, 1981
- CATTANEO, M.A., *Pena (fil. dir.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 701-7011
- CATTANEO, M.A., *Sulla filosofia penale di Kant e di Hegel*, in EUSEBI, L. (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, Giuffrè, 1984, 117-136
- CATTANEO, M.A., *Pena diritto e dignità umana: saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, G. Giappichelli, 1998
- CATTANEO, M.A., *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2000

- CERBO, P., *Sistemi sanzionatori e autonomia regionale*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 3, 2021, 266-284
- CHELI, E., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967
- CHELI, E., *Il giudice delle leggi: la Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, Il Mulino, 1999
- CHESSA, O., *Che cos'è la Costituzione? La vita del testo*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2008, 41-64
- CHESSA, O., *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità, rappresentanza*, Milano, Mimesis, 2019
- CHESSA, O., *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, in *Lettera AIC*, luglio 2022
- CHIAVARIO, M., *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, Giuffrè, 1969
- CHIBELLI, A., *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte Costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2017, 15-33
- CELOTTO, A., *Iper-retroattività e diritto vivente CEDU*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2021, 885-889
- CENTONZE, F. e MANACORDA, S. (a cura di), *Il fatto illecito ne diritto amministrativo e nel diritto penale: la garanzia della prevedibilità*, Milano, Giuffrè, 2021, 21-58
- CERBO, P., *Le sanzioni amministrative*, in CASSESE, S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2003, 579-622
- CERBO, P., *Il principio di solidarietà*, in AA.VV., *La sanzione amministrativa: principi generali*, Torino, Giappichelli, 2012, 192-211
- CERBO, P., *Sistemi sanzionatori e autonomia regionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021, 266-284
- CIMINI, S., *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017
- COCA-VILA, I., *What's Really Wrong with Fining Crimes? On the Hard Treatment of Criminal Monetary Fines*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2021, 1-21
- COHEN-ELIYA, M. e PORAT, I., *Proportionality and the Culture of Justification*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2, 2011, 463-490
- COLOMBI, F., *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra Costituzione e Cedu: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di Corte cost. sent. 8 ottobre 2012, n. 230*, in *Rivista AIC*, 3, 2013, 1-24
- CONCOLINO, P., *Art. 2 Prot. n. 7. Diritto a un doppio grado di giudizio in materia penale*, in UBERTIS, G. e VIGANÒ, F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2022, 473-478
- CONSULICH, F., MIRAGLIA, M. e PECCIOLI, A. (a cura di), *Alternative al processo penale? Tra deflazione, depenalizzazione, diversione e prevenzione*, Torino, G. Giappichelli, 2019
- CONTI, R., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, Aracne, 2011
- CORSO, P. e ZANETTI, E. (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Milano, La Tribuna, 2010

- CORSO, G., *Sanzioni amministrative e competenza regionale*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna*, Milano, Giuffrè, 1982, 59-86
- CORSO, G., *Il cittadino e l'amministrazione pubblica: nuove tendenze del sistema italiano*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2010, 197-216
- CORTESE, F., CARUSO, C. e ROSSI, S. (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano, Franco Angeli, 2020
- COSTA, F., *Delitto e pena nella storia della filosofia*, Milano, Facchi Editore, 1924
- COTTI, G., *La problematica attuazione del diritto al silenzio oltre i confini della "materia penale"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, in corso di pubblicazione, 2022
- CRISAFULLI, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1962
- DALY, E., *Rousseau's Constitutionalism. Austerity and Republican Freedom*, Oxford, Hart Publishing, 2017
- D'AGOSTINO, F., voce *Sanzione (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVI, Milano, Giuffrè, 303-327
- D'AMICO, G., *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, tomo I, Torino, G. Giappichelli, 2016, 706-717
- D'AMICO, M., *Note introduttive ad uno studio sulle libertà costituzionali nella materia penale*, in ANGIOLINI, V. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 1992, 103-120
- D'AMICO, M. e ARCONZO, G., *Art. 25*, in BIFULCO, R., CELOTTO, A. e OLIVETTI, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, UTET, 2006, 526-548
- D'AMICO, M., *Art. 27*, in BIFULCO, R., CELOTTO, A. e OLIVETTI, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, UTET, 2006, 563-580
- D'AMICO, M., *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in PELLIZZONE, I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 3-46
- D'AMICO, M., *Una discussione "maschile" che lascia sullo sfondo le donne e i loro diritti*, in *Lettera AIC*, luglio 2022
- D'AMICO, M. e ARCONZO, G., *Art. 25*, in BIFULCO, R., CELOTTO, A. e OLIVETTI, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, UTET, 2006, 526-548
- DE LIA, A., *"Ossi di seppia"?* *Appunti sul principio di offensività*, in *Archivio penale*, 2, 2019, 1-41
- DELITALA, G., *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1964, 965-977
- DELITALA, G., voce *Diritto penale*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, 1095
- DELMAS-MARTY, M., *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme* (1986), Lonrai, Quadrige, 2004
- DE MENECH, C., *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Milano, Wolters Kluwer, 2019

- DE VITA, R. (a cura di), *Società in trasformazione ed etica*, Siena, Università degli studi di Siena, 1992
- DENT, N., *Rousseau, Jean-Jacques (1712-78)*, in *Routledge Encyclopedia of philosophy*, 1998
- DICIOTTI, E., *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2004, 733-762
- DI GIOVINE, O., *La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2013, 626-642
- DI NINO, T., *Gli itinerari della depenalizzazione dalla legge n. 689/1981 alla legge n. 205/1999*, in *L'Indice penale*, 2, 2000, 749-825
- DICKMANN, R., *Considerazioni sui profili funzionali processuali e "politici" delle ordinanze monitorie di rinvio della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 22, 2021, 32-49
- DILTS, A., *To Kill a Thief: Punishment, Proportionality, and Criminal Subjectivity in Locke's "Second Treatise"*, in *Political Theory*, 1, 2012, 58-83
- DODARO, G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012
- DOGLIANI, M., *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1982
- DOLCINI, E., *Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1972, 408-459
- DOLCINI, E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 1984, 589-625
- DOLCINI, E., *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2018, 393-425
- DOLCINI, E., *Verso una pena pecuniaria finalmente viva e vitale? Le proposte della Commissione Lattanzi*, in *Sistema Penale*, 2021
- DONINI, M., *Teoria del reato*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, IV edizione, Torino, UTET, 1999, 221-298
- DONINI, M., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Il Foro Italiano*, 2, 2001, 29-46
- DONINI, M., *«Fatto» e «autore» nel diritto penale contemporaneo. Dialogo immaginario tra Giacomo Delitala e Franz von Liszt redivivi*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, 1525-1543
- DONINI, M., *Tecnicismo giuridico e scienza penali cent'anni dopo la Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, 127-178
- DONINI, M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011
- DONINI, M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3, 2016, 13-39
- DONINI, M., *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione de rimprovero*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2020, 1699-1744
- DONINI, M., *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. Un nuovo paradigma legislativo per la giustizia penale*, in *Sistema Penale*, 20 dicembre 2022, 1-23

- ELIA, L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, Giuffrè, 1962
- ERIKSSON, L. e GOODIN, R.E., *The Measuring Rod of Time: The Example of Swedish Dayfines*, in *Journal of Applied Philosophy*, 2, 2007, 125-136
- ESPOSITO, A., *Il diritto penale flessibile: quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, G. Giappichelli, 2008
- ESPOSITO, C., *Irretroattività e «legalità» delle pene*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, CEDAM, 1954, 87-102
- ESPOSITO, C., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, CEDAM, 1954
- EUSEBI, L. (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, Giuffrè, 1984
- EUSEBI, L., *Introduzione. Il diritto penale non è una scienza. Sul rapporto fra diritto penale e politica criminale*, in MARCHETTI, I. e MAZZUCATO, C., *La pena in castigo. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, V&P, 2006, XXXIII-XLII
- EUSEBI, L., *Neuroscienze e diritto penale: un ruolo diverso del riferimento alla libertà*, in PALAZZANI, L. e ZANNOTTI, R. (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, Torino, Giappichelli, 2013, 121-141
- FALZEA, P., SPADARO, A. e VENTURA, L. (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, G. Giappichelli, 2003
- FANTASIA, F., *Kant on Punishment: Between Retribution, Deterrence and Human Dignity*, in *The Italian Law Journal*, 1, 2021, 463-488
- FARALDO-CABANA, P., *Pecuniary Punishments*, in *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*, 2018
- FEINBERG, J., *The Moral limits of criminal law*, voll. 1-4, New York-Oxford, Oxford University Press, 1984-1988
- FERRAJOLI, L., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2010, 2771-2816
- FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari, Editori Laterza, 2000
- FERRAJOLI, L., *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Bari, Editori Laterza, 2021
- FERRERI, S., voce *Fonti del diritto (dir. internaz.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, 637-657
- FERRI, E., *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, Zanichelli, 1884
- FERRI, E., *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, Tipografia G. Barbera, 1878
- FIANDACA, G., *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 1982, 42-81
- FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in BRANCA, G. e PIZZORUSSO, A. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 27-28*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1991, 222-345
- FIANDACA, G., *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Il foro italiano*, V.1, 2001, 1-9
- FIANDACA, G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Milano, CEDAM, 2002

- FIANDACA, G. e MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2007
- FIANDACA, G., *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, in *Criminalia*, 2010, 179-206
- FIANDACA, G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79-98
- FIANDACA, G. e MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2014
- FIORAVANTI, M., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Bari, Editori Laterza, 2009, 22
- FIORAVANTI, M., *La trasformazione costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2013
- FIORAVANTI, M., *La trasformazione costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2014, 295-308
- FIORAVANTI, M., *Costituzionalismo*, Roma, Carrocci editore, 2018
- FIORAVANTI, M., *Passato, presente e futuro dello stato costituzionale odierno*, in LANCHESTER, F. (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, 39-50
- FLICK, G.M., *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, 155-169
- FOISNEAU, L., *Punishment Not War: Limits of a Paradigm*, in *The Italian Law Journal*, 1, 2021, 397-413
- FONDAROLI, D., *La poliedrica natura della confisca*, in *Archivio penale*, 2, 2019, 1-10
- GAHDOUN, P.-Y., PONSEILLE, A. e SALES, E., *Existe-t-il un droit constitutionnel punitif?*, Montpellier, Presse de la Faculté de Droit et Science politique de Montpellier, 2019
- GALIZIA, M., voce *Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, 962-976
- GALLI, F. e WEYEMBERGH, A., *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU*, Brussels, Editions de l'Université de Bruxelles, 2014
- GALLO, C.E., *Autonomia delle professioni e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. II, Bononia University Press, 2018, 213-224
- GALLO, E., *Sciopero e repressione penale*, Bologna, Il Mulino, 1981
- GAMBARDELLA, M., *Sanzioni amministrative "punitive" dichiarate costituzionalmente illegittime e modifica del giudicato penale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2021, 889-899
- GARGANI, A., *L'estensione 'selettiva' del principio di irretroattività alle modifiche in pejus in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione 'storica'*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2012, 263-273
- GARGANI, A., voce *Illecito civile punitivo*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali X, Milano, Giuffrè, 2017, 487-504
- GARGANI, A., *Depenalizzazione e "materia penale". La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza*, in *Criminalia*, 2018, 143-160
- GEMMA, G., *Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire*, in *Diritto e società*, 1986, 459-501

- GIAMPAOLINO, L., *La depenalizzazione e l'illecito amministrativo*, in *Il Foro Italiano*, 1982, 243-252
- GIANFORMAGGIO, L., *La critica morale del diritto: critica esterna o critica interna?*, in DE VITA, R. (a cura di), *Società in trasformazione ed etica*, Siena, Università degli studi di Siena, 1992, 101-115, ora in ID., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, G. Giappichelli, 2018, 205-222
- GIANNINI, M.S, voce *Regolamento (in generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 601-605
- GIOVA, S., *«Ordinamento civile» e diritto privato regionale. Un difficile equilibrio nell'unitarietà*, Napoli, ESI, 2008
- GIOVAGNOLI, R. e FRATINI, M., *Le sanzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 2009
- GIUNCHEDI, F. (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra corti*, Pisa, Pisa University Press, 2018
- GIUNCHEDI F., *Loquacità, moniti, silenzi e ripensamenti nella dialettica tra le Corti*, in GIUNCHEDI, F. (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra corti*, Pisa, Pisa University Press, 2018, 15-32
- GIUPPONI, T.F., *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2007
- GOISIS, F., *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2, 2014, 337-357
- GOISIS, F., *Le sanzioni amministrative e il diritto europeo*, in CAGNAZZO, A., TOSCHEI, S. e TUCCARI, F.F. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2016, 29-73
- GOISIS, L., *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, Giuffrè, 2008
- GOISIS, L., *La pena pecuniaria. Storia, comparazione, prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 1-37
- GOLDSCHMIDT, J., *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlino, Heymann, 1902
- GOYARD-FABRE, S. *La philosophie du droit de Montesquieu*, Parigi, Librairie C. Klincksieck, 1973
- GRANDI, C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè, 2010
- GRANDI, C. (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo*, Pisa, Pacini Giuridica, 2021
- GRASSO, G. e GIUFFRIDA, F., *Gli effetti della giurisprudenza Corte EDU sull'ordinamento italiano: prospettive di diritto penale sostanziale*, in *L'Indice penale*, 1, 2020, 42-108
- GREENE, J.A., *Structuring Criminal Fines: Making an 'Intermediate Penalty' More Useful and Equitable*, in *The Justice System Journal*, 1, 1988, 37-50
- GRYNCHAK, A.A., TAVOLZHANSKA, Y.S., GRYNCHAK, S.V. et al., *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as a Constitutional Instrument of European Public Order*, in *Public Organization Review*, 2022
- GUZZAROTTI, A., *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2006, 491-506

- GUAZZAROTTI, A., *Le contropunte centrifughe nel sindacato di costituzionalità*, in *Questione giustizia*, 4, 2020, 78-88
- GUERRINI, R., *Il d.lgs.15 gennaio 2016, n. 7. I nuovi illeciti civili tipizzati e le relative sanzioni*, in BACCARI, G.M., BONZANO, C., LA REGIONA, K. e MANCUSO, E.M. (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, 3-38
- HABERMAS, J., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* (1996), trad. it. L. Ceppa, Milano, Feltrinelli, 2008
- HARRIS, D., O'BOYLE, M., BATES, E. e BUCKLEY, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2018
- HELPER, L.R. e SLAUGHTER, A.M., *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*, in *The Yale Law Journal*, 2, 1997, 273-391
- HILL, T.E., *Kant on Punishment: A Coherent Mix of Deterrence and Retribution?*, in HILL, T.E., *Respect, Pluralism, and Justice: Kantian Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 173-179
- HILL, T.E., *Respect, Pluralism, and Justice: Kantian Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2000
- HOBBS, T., *Leviathan (reprinted from the edition of 1651)*, Oxford, The Clarendon Press, 1909
- HOBBS, T., *Leviatano (1651)*, trad. it. G. Micheli, Milano, BUR, 2021
- HÖRNLE, T., "Rights of Others" in *Criminalisation Theory*, in SIMESTER, A.P. e DU BOIS-PEDAIN, A. (a cura di), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas Von Hirsch*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2014, 169-187
- HOSKINS, Z. e DUFF, A., voce *Legal Punishment*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2022 Edition)*, 2022
- HULLIUNG, M., voce *Montesquieu, Charles Louis de Secondat (1698-1755)*, in *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, 2000
- NORRIE, A., *Thomas Hobbes and the Philosophy of Punishment*, in *Law and Philosophy*, 1984, 2, 1984, 299-320
- INSOLERA, G., *Democrazia, ragione e prevaricazione: dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, Giuffrè, 2003
- INSOLERA, G., *Dogmatica e orientamento della giurisprudenza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 1-12
- INSOLERA, G., *Postfazione*, in SGUBBI, F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, Il Mulino, 2019, 81-88
- IRTI, N., *Nichilismo e concetti giuridici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2005
- JANSEN, O. (a cura di), *Administrative Sanctions in the European Union*, Cambridge, Intersentia, 2013
- KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten (1797)*, in *Immanuel Kant: Werke*, Darmstadt, Wissenschaftl. Buchges, 1968
- KANT, I., *La metafisica dei costumi (1797)*, trad. it. G. Vidari, Urbino, Laterza, 2022
- KLABBERS, J., PETERS, A. e ULFSTEIN, G., *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009

- KLIP, A., *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Antwerp, Intersentia, 2009
- KUMM, M., *Costituzionalismo democratico e diritto internazionale: termini del rapporto*, in *Ars interpretandi*, 1, 2008, 69-102
- LAMARQUE, E., *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Diritto pubblico*, 3, 2013, 727-805
- LAMARQUE, E., *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021
- LANCHESTER, F. (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, Milano, Wolters Kluwer, 2019
- LA PERGOLA, A., *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1961
- LATTANZI, G., *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della presidenza del Consiglio*, in *Il Foro italiano*, 9, 1985, V, 251-255
- LAUBADÈRE, A., MATHIOT, A., RIVERO, J. e VEDEL, G., *Pages de doctrine*, Lyon, L.G.D.J., 1980
- LEO, G., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in PELLIZZONE, I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 47-64
- LEMMENS, K., *General Survey of the Convention*, in VAN DIJK, P., VAN HOOF, F., VAN RIJN, A. e ZWAAK, L. (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2018, 23-78
- LETSAS, G., *The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR*, in *European Journal of International Law*, 2 (15), 2004, 279-305
- LETSAS, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007
- LLOYD, S.A. e SREEDHAR, S., voce *Hobbes's Moral and Political Philosophy*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2020 Edition)*, 2018
- LICCI, G., *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1982, 1004-1041
- LICCI, G., *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, G. Giappichelli, 2014
- LIPARI, M., *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi*, 8, 2018,
- LOCKE, J., *Two Treatises of Government* (1690), London, C. and J. Rivington, 1824
- LOCKE, J., *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. A. Gialluca, Milano, BUR, 2019
- LOMBARDI VALLAURI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967
- LUCIANI, M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2006, 1643-1668
- LUCIANI, M., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Federalismi*, 2007, 1-16

- LUCIANI, M., *La garanzia aristocratica della democrazia (a proposito della sent. Corte cost. n. 1 del 2014)*, in *Lo stato*, 2, 2014, 187-196
- LUCIANI, M., voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016, 391-476
- LUCIANI, M., *Diritto penale e Costituzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 1-11
- MACCORMICK, N., *Beyond the Sovereign State*, in *Modern Law Review*, 1, 1993, 1-18
- MADIA, N., *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo di insieme*, Padova, CEDAM, 2020
- MALBY, S., *Criminal Theory and International Human Rights Law*, Galliard, Routledge, 2020
- MALFATTI, E., *La Corte torna sul divieto di bis in idem con una singolare interpretativa di rigetto. A margine della sentenza n. 145/2020*, in *Osservatorio AIC*, 2002, 222-244
- MANCUSO, E.M. e VIGANÒ, F., *Art. 4 Prot. n. 7. Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, in UBERTIS, G. e VIGANÒ, F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2022, 482-501
- MANES, V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, G. Giappichelli, 2005
- MANES, V., *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cassazione penale*, 2, 2011, 534-546
- MANES, V., *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in MANES, V. e ZAGREBELSKY, V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, 2-68
- MANES, V. e ZAGREBELSKY, V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011
- MANES, V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012
- MANES, V., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Archivio Penale*, 1, 2012, 1-50
- MANES, V., *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2012, 3474-3483
- MANES, V., *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 2015, 154-187
- MANES, V., *"Common law-isation del diritto penale"? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cassazione penale*, 3, 2017, 955-976
- MANES, V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3, 2017, 988-1007
- MANES, V. e CAIANIELLO, M., *Introduzione al Diritto penale europeo. Fonti, metodi istituti, casi*, Torino, G. Giappichelli, 2020

- MANES, V., *Sugli approdi attuali del processo di costituzionalizzazione del “diritto penale europeo”*, in GRANDI, C. (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo*, Pisa, Pacini Giuridica, 2021, 129-136
- MANNA, A., *Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, in *L'Indice penale*, 1991, 591-605
- MANNA, A., *Diritto penale e costituzione*, in CADOPPI, A., CANESTRARI, S., PAPA, M., MANNA, A. (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, vol. 1, Torino, UTET, 2012, 61-86
- MANNA, A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Milano, Wolters Kluwer, 2020
- MANTOVANI, F., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano, Giuffrè, 1977, 445-473
- MANTOVANI, F., *Le “modifiche al sistema penale” del 1981: risultati ed indicazioni di una ricerca empirica*, in *L'Indice penale*, 2, 1985, 443-451
- MANTOVANI, F., *Stato costituzionale e diritto penale costituzionalizzato*, in CARETTI, P. e GRISOLIA, M.C. (a cura di), *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, Il Mulino, 2010, 51-65
- MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, Wolters Kluwer, 2020
- MARCHETTI, I. e MAZZUCATO, C., *La pena in castigo. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, V&P, 2006
- MARCHETTONI, L., *Dialogo fra corti e judicial borrowing. Una prospettiva inferenzialista*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2015, 149-170
- MARINIELLO, T. (a cura di), *Judge Pinto de Albuquerque and the Progressive Development of International Human Rights Law*, Leida, Brill, 2021
- MARINUCCI, G., DOLCINI, E. e GATTA, G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2021
- MARTI, C., *Framing a Convention Community. Supranational Aspects of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021
- MARTINAGE, R., *Histoire du droit pénal en Europe*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, 6
- MARTINICH, A. e HOEKSTRA, K. (a cura di), *The Oxford Handbook of Hobbes*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 293 ss.
- MARTINICO, G., *Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2015, 303-317
- MARTINICO, G. e POLLICINO, O., *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial dialogue and the creation of supranational laws*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2012
- MASERA, L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2018
- MATHIEU, V., *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano, Rusconi, 1978

- MATTEONI, A., *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”*: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?, in *Consulta online*, 2, 2021, 348-378
- MATTEUCCI, M., voce *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. II, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1992, ora in https://www.treccani.it/enciclopedia/costituzionalismo_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/
- MAZZA, O., *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2012, 3464-3467
- MAZZACUVA, F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, G. Giappichelli, 2017
- MAZZACUVA, F., *Art. 7. Nulla poena sine lege*, in UBERTIS, G. e VIGANÒ, F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2022, 299-319
- MAZZAMUTO, M., *La legalità debole dei principi*, in *Diritto e società*, 1, 1993, 473-488
- MAZZAMUTO, M., *Orlando uno e trino versus Orlando dimenticato o immaginario*, in CORTESE, F., CARUSO, C. e ROSSI, S. (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano, Franco Angeli, 2020, 309-330
- MAZZARESE, T. (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, G. Giappichelli, 2002
- MECCARELLI, M., *Criminal Law: Before a State Monopoly*, in PIHLAJAMAKI, H., DUBBER, H.D., e GODFREY, M. (a cura di), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 632-654
- MEDICO, F., *Il giudice costituzionale dimezzato: l'insostenibilità di una terza via nel contesto CEDU (nota alla sent. 149 del 2022)*, in corso di pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022
- MEMMO, D., *Proprietà e autonomia privata alla luce della giurisprudenza delle Corti europee*, in *Contratto e Impresa*, 6, 2016, 1299-1307
- MEYER, O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, Leipzig, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895
- MEZZANOTTE, C., *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990, 63-69
- MEZZETTI, L. e MORRONE, A. (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Torino, G. Giappichelli, 2011
- MIDIRI, M., *La CEDU in Parlamento*, in *Diritto pubblico*, 1, 2015, 85-102
- MILITELLO, V., CONTI, R., MAGI, R., MANES, V. e VIGANÒ, F., *Cedu e cultura giuridica italiana. Conversando con i penalisti su CEDU e dintorni*, in *Giustizia insieme*, 2021
- MODUGNO, F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in BARILE, P., CHELI, E. e GRASSI, S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, 19-102
- MODUGNO, F. e LONGO, A., *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021
- MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Parigi, Didot Frères, 1844

- MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it. B. Boffito Serra, Milano, BUR, 2019
- MOR, G., *Le sanzioni disciplinare ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, Giuffrè, 1970
- MORI, P., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1983, 306-351
- MORRONE, A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001
- MORRONE, A., voce *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali II, Milano, Giuffrè, 2008, 185-204
- MORRONE, A., *Sovranità*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 1-108
- MORRONE, A., *Sui rapporti tra norme della Cedu e ordinamento costituzionale*, in MEZZETTI, L. e MORRONE, A. (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Torino, G. Giappichelli, 2011, 189-204
- MORRONE, A., *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, G. Giappichelli, 2014
- MORRONE, A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 251-290
- MORRONE, A., *Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 4, 2020, 707-750
- MORRONE, A., *Costituzione*, in CARUSO, C. e VALENTINI, C. (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, Il Mulino, 2021, 27-47
- MORRONE, A., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi*, 12, 2021, 170-212
- MORRONE, A., *Interpretazione nomopoietica. Nota alla sent. n. 68 del 2021*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2022, 877-885
- MORRONE, A., *Fonti normative. Concetti generali, problemi, casi*, Bologna, Il Mulino, 2022
- NAPOLEONI, V., *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3-4, 2012, 163-176
- NAPOLEONI, V., e MANES, V., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2019
- NEPPI MODONA, G., voce *La pena nel ventennio fascista*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Enciclopedia italiana, 2012, ora in https://www.treccani.it/enciclopedia/la-pena-nel-ventennio-fascista_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/
- NICOSIA, E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, G. Giappichelli, 2006
- NUVOLONE, P., *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1949, 379-394

- NUVOLONE, P., *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 1968, 60-66
- NUVOLONE, P., voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, 632-665
- NUVOLONE, P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, CEDAM, 1982
- NUVOLONE, P., voce *Pena (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 787-855
- NUVOLONE, P., *Vincenzo Manzini e la scienza del diritto penale*, in *L'Indice penale*, 1983, 5-17
- OLESSINA, A., *Il caso delle pensioni svizzere: Corte costituzionale e Corte EDU a confronto*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 3, 2021,
- ONIDA, V., *Note su un dibattito in tema di «rilevanza» delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 997-1021
- ONIDA, V., *Adottare il “punto di vista” dei diritti fondamentali*, in BIN, R., BRUNELLI, G., PUGIOTTO, A. e VERONESI, P. (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, G. Giappichelli, 2007, 177-179
- ORLANDO, V.E., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico. Contributo alla storia del diritto pubblico italiano nell'ultimo quarantennio (1885-1925)*, Modena, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena, 1925
- OTTAVIANO, V., *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, 825-906
- PACE, A., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2001, 35-62
- PACE, A., *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2003
- PADOVANI, T., *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2 commi 2 e 3 c.p.*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982, 1354-1389
- PADOVANI, T., *Tutela dei beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cassazione penale*, 3, 1987, 670-678
- PADOVANI, T., *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale*, in *Criminalia*, 2010, 227-238
- PAGLIARO, A., voce *Legge penale nel tempo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 1063-1077
- PAGLIARO, A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1980
- PAGLIARO, A., *Cenni sugli aspetti penalistici del recente progetto di riforma costituzionale*, in *Indice penale*, 1998, 318-322
- PAGLIARI, G., *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, CEDAM, 1988
- PAIUSCO, S., *Nullum Crimen Sine Lege, the European Convention on Human Rights and the Foreseeability of the Law*, Munich, Nomos, 2021

- PALADIN, L., *Diritto penale e leggi regionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, 2192-2202
- PALADIN, L., *Il problema delle sanzioni nel diritto regionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, CEDAM, 1975, 387-402
- PALADIN, L., *La questione del metodo nella storia costituzionale*, in *Quaderni fiorentini*, 26, 1997, 243-263, ora in L. PALADIN (a cura di S. BARTOLE), *Saggi di storia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, 13-34
- PALADIN, L. (a cura di S. BARTOLE), *Saggi di storia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008
- PALAZZANI, L. e ZANNOTTI, R. (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non “siamo” i nostri cervelli*, Torino, Giappichelli, 2013
- PALAZZO, F., *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (Dalle leggi di depenalizzazione alla circolare della Presidenza del Consiglio)*, in *L'Indice penale*, 1986, 35-56
- PALAZZO, F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, CEDAM, 1979
- PALAZZO, F., *La politica criminale nell'Italia repubblicana*, in VIOLANTE, L. (a cura di), *Storia d'Italia. Annali*, vol. 12, Torino, Einaudi, 1997, 851-892
- PALAZZO, F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 1, 1998, 350-384
- PALAZZO, F., voce *La pena*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto*, Roma, Istituto Enciclopedia italiana, 2012, 650-659, ora in https://www.treccani.it/enciclopedia/la-pena_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/
- PALAZZO, F., *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in *Politica del diritto*, 2, 2017, 351-362
- PALAZZO, F., *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è “sostanzialmente penale”?*, in *Cassazione penale*, 2, 2018, 461-468
- PALAZZO, F. e VIGANÒ, F., *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2018
- PALAZZO, F., *Corso di diritto penale*, Torino, G. Giappichelli, 2021
- PALOMBELLA, G., *Exploring the Rationale of Inter-legality*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2022, 9-26
- PALIERO, C.E., *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione “classica” a una svolta radicale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1985, 894-928
- PALIERO, C.E. e TRAVI, A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 1988
- PALIERO, C.E. e TRAVI, A., voce *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Milano, Giuffrè, 1989, 345-414
- PALIERO, C.E., *The definition of administrative sanctions – general report* in O. JANSEN (a cura di), *Administrative Sanctions in the European Union*, Cambridge, Intersentia, 2013, 1-34
- PALIERO, C.E. et al. (a cura di), *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016

- PALIERO, C.E., *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2018, 447-520.
- PALOMBELLA, G., *È possibile una legalità globale? Il rule of law e la governance del mondo*, Bologna, Il Mulino, 2012
- PAONESSA, C., *Gli obblighi di tutela penale: la discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, ETS, 2009
- PAONESSA, C., *Il fine giustifica i mezzi? Brevi osservazioni a margine della possibile retroattività favorevole delle sanzioni amministrative c.d. punitive*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2019, 851-858
- PEDRINI, F., *Una lezione teorica dell'originalismo: l'interpretazione "di quale" Costituzione?*, in *Lettera AIC*, luglio 2022
- PELLIZER, F. e BURANELLO, E., *Disciplina sulle sanzioni amministrative ed ambito di applicazione*, in AA.VV., *La sanzione amministrativa: principi generali*, Torino, Giappichelli, 2012,
- PELLIZZONE, I., *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem: due decisioni dall'impostazione divergente*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2006
- PELLIZZONE, I., *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2017, 172-179
- PELLIZZONE, I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017
- PERTICI, A., *La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in FALZEA, P., SPADARO, A. e VENTURA, L. (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, G. Giappichelli, 2003, 165-216
- PETERS, A., *Constitutionalisation (March 27, 2017)*, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2017-08*, 2017
- PICCIRILLI, G., *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatali*, Torino, G. Giappichelli, 2019
- PINELLI, C., *Diritto e Storia costituzionale*, in *Giornale di storia costituzionale*, 1, 2001, 17-19
- PINI, O., *Norma penale e Corte costituzionale. Processi normativi e itinerari interpretativi tra legislatore e giudice delle leggi*, Milano, Wolters Kluwer, 2021
- PINO, G., *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2011, 965-997
- PINO, G., *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, G. Giappichelli, 2008
- PINO, G., *Costituzione come limite, Costituzione come fondamento, Costituzione come assiologia*, in *Diritto e società*, 1, 2017, 91-120
- PINO, G., *Diritti fondamentali*, in CARUSO, C. e VALENTINI, C. (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, Il Mulino, 2021, 207-222
- PIZZORUSSO, A., *Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo*, in *Costituzionalismo*, 2, 2007, 1-14

- POLANYI, K., *The Great Transformation* (1944), Boston, Beacon Press, 1957
- POLLICINO, O., *Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale e del dritto sovranazionale?*, Milano, Giuffrè, 2010
- POSNER, A., *Boumediene and the Uncertain March of Judicial Cosmopolitanism*, *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 228*, 2008, 1-24
- POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, G. Giappichelli, 2001
- POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2008, 405-417
- PRANDI, S., *Pene fisse e proporzionalità nel quadro dei rapporti tra diritto amministrativo punitivo e diritto penale*, in *Diritto penale e processo*, 3, 2022, 333-343
- PROCACCINO, A., *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato: il doppio processo come pena*, Padova, CEDAM, 2022
- PROVENZANO, P., *Note minime in tema di sanzioni amministrative e "materia penale"*, in *Rivista Italiana Diritto Pubblico Comunitario*, 6, 2018, 1073-1103
- PUGIOTTO, A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, 1-18
- PUGIOTTO, A., *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2019, 785-810
- PUGIOTTO, A., *Le nuove Norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 426-437
- PULITANÒ, D., *Sui garantismi. Per una reimpostazione del dibattito*, in *Democrazia e diritto*, 1980, 677-701
- PULITANÒ, D., *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1983, 484-531
- PULITANÒ, D., *La scienza penale tra fatti e valori*, in *Criminalia*, 2010, 239-254
- PULITANÒ, D., *Diritti umani e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2013, 1613-1636
- PULITANÒ, D., *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e Cedu in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2015, 318-324
- PULITANÒ, D., *Il principio di personalità della responsabilità penale*, in A.M. STILE, S. MANACORDA e V. MONGILLO (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 291-312
- PULITANÒ, D., *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2016, 641-669
- PULITANÒ, D., *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a costituzione e il ruolo 'creativo' del giudice*, in PELLIZZONE, I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 65-84
- PULITANÒ, D., *Diritto penale*, Torino, G. Giappichelli, 2021
- QUADRI, R., *Diritto internazionale pubblico*, Palermo, G. Priulla, 1960

- RAIMONDI, G., *Corte di Strasburgo e Stati: dialoghi non sempre facili. Intervista a cura di Diletta Tega*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2014, 463-470
- RANDAZZO, A., *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2017
- RANDAZZO, A., *Il “metapprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Diritti Fondamentali*, 2, 2020, 658-686
- RANDAZZO, B., *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in FALZEA, P., SPADARO, A. e VENTURA, L. (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, Torino, G. Giappichelli, 2003, 217-288
- RAWLS, J., *A theory of justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999
- RAUSCHER, F., *Kant’s Social and Political Philosophy*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2022 Edition)*, 2022
- RAZZANO, G., *Un’analisi costituzionale può essere fuori dai confini di ogni ragionevole interpretazione delle varie disposizioni costituzionali?*, in *Lettera AIC*, luglio 2022
- RECCHIA, N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale: scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, G. Giappichelli, 2020
- RECCHIA, N., *L’ennesima stagione del ne bis in idem nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo ubi consistam processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, in corso di pubblicazione, 2022.
- REPETTO, G., *Vincolo al rispetto del diritto CEDU “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Rivista AIC*, 3, 2015, 1-10
- REPETTO, G., *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in BUFFA, F. e CIVINI, M.G. (a cura di), *Gli speciali di questione giustizia. La Corte di Strasburgo*, 2019, 9-16
- RESCIGNO, G.U., *Intorno a interpretazione, interpretazioni vincolanti, mutamenti di interpretazione della Corte di Cassazione di disposizioni penali incriminatrici, principio della lex mitior in diritto penale e sentenze penali di condanna definitive*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2012, 3795-3821
- RILEY, P. (a cura di), *The Cambridge companion to Rousseau*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001
- RILEY, P., *Rousseau’s General Will*, in RILEY, P. (a cura di), *The Cambridge companion to Rousseau*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 124-153
- RIPSTEIN, A. (a cura di), *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press 2007
- RIVERO, J., *Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques (1978)*, in LAUBADÈRE, A., MATHIOT, A., RIVERO, J. e VEDEL, G., *Pages de doctrine*, Lyon, L.G.D.J., 1980, 549-561
- ROMANO, M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 33-46
- ROMANO, S., *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, Torino, Unione tipografica, 1898

- ROMBOLI, R., *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle “rime obbligate”*: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?, in *Il Foro italiano*, 9, 2020, 1, 2565-2570
- ROMBOLI, R. e ROSSI, E., voce *Giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Milano, Giuffrè, 2001, 503-571
- ROCCO, A., *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909
- ROCCO, A., *Il problema e il metodo nella scienza del diritto penale*, *Prelezione al corso di diritto e procedura penale, letta nella R. Università di Sassari il 15 gennaio 1910*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1910, 561-582
- ROCCO, A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale: contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Milano, F.lli Bocca, 1913
- RODOTÀ, S., *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012
- ROLLA, G., *L'influenza delle Carte sovranazionali sulla configurazione legale dei diritti e i lineamenti del sistema di giustizia costituzionale*, in *Politica del diritto*, 2-3, 2012, 181-211
- RONCO, M., *La dommatica come garanzia di razionalità del diritto penale*, in *L'Indice penale*, 2, 2014, 333-359
- ROSSI, P., *Diritto penale costituzionale*, Palermo, Priulla, 1953
- ROSSI, P., *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, Priulla, 1954
- ROUSSEAU, J.J., *Discours sur l'économie politique (1755)*, in *Collection complète des oeuvres*, vol. 1, Ginevra, 1782, 361-414
- ROUSSEAU, J.J., *Du contrat social, ou principes du droit politique (1762)*, in *Collection complète des oeuvres*, vol. 1, Ginevra, 1782, 187-360
- ROUSSEAU, J.J., *Il contratto sociale (1762)*, trad. it. J. Bertolazzi, Milano, G. Feltrinelli, 2022
- ROUSSEAU, J.J., *Sull'economia politica (1755)*, in *Scritti politici*, trad. it. M. Garin, Bari, Laterza, 1994, 269-322
- ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Stafrechtssystem (1970)*, oggi in *Politica Criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, trad. it. S. Moccia, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1998, 37-79
- RUGA RIVA, C., *Diritto penale, Regioni e territorio*, Milano, Giuffrè, 2012
- RUGGERI, A., *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo 'intercostituzionale'*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2001, 544-574
- RUGGERI, A., *Quale “sistema” delle fonti dopo la riforma del titolo V?*, in *Federalismi*, 2, 2006, 1-43
- RUGGERI, A., *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Politica del Diritto*, 1, 2010, 3-39
- RUGGERI, A., *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *Rivista AIC*, 2010, 1-28

- RUGGERI, A., *La Corte fa il punto sul rilievo interno della Cedu e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost., n. 80 del 2011)*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2011, 1-10
- RUGGERI, A., *Prospettiva prescrittiva prospettiva descrittiva nello studi o dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU (oscillazioni e aporie di una costruzione giurisprudenziale e modi del suo possibile rifacimento, al servizio dei diritti fondamentali)*, in *Rivista AIC*, 3, 2012, 1-24
- RUGGERI, A., *“Dialogo” tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale)*, *Diritto fondamentali*, 2013, 1-25
- RUGGERI, A., *Lo Stato costituzionale e le sue «mutazioni genetiche»*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2014, 837-854
- RUGGERI, A., *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *Diritti Comparati*, 2015, 1-15
- RUGGERI, A., *Primato del diritto sovranazionale ‘versus’ identità costituzionale?*, in *Lo stato*, 4, 2016, 47-69
- RUGGERI, A., *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in *Freedom, security & justice*, 2, 2019, 35-63
- RUGGERI, A., *La CEDU e la giurisprudenza convenzionale in cammino (spunti ricostruttivi offerti da un commentario)*, in *Diritti comparati*, 2, 2021, 131-143
- RUGGERI, A., *Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*, in *Rivista di diritti comparati*, 3, 2021, 60-90
- RUGGERI, A., *Comparazione giuridica, dialogo tra le corti, identità “intercostituzionale”*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2, 2022, 1-9
- RUGGERI, A., *Teoria della Costituzione, identità costituzionale e salvaguardia dei diritti fondamentali*, in *Diritti Fondamentali*, 3, 2022, 1-29
- RUOTOLO, M., *La «funzione ermeneutica» delle Convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni*, in *Diritto e società*, 2, 2000, 291-319
- RUOTOLO, M., *L’incidenza della CEDU sull’interpretazione costituzionale. Il “caso” dell’art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 2, 2013, 1-8
- RUOTOLO, M., *Dignità e carcere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014
- RUOTOLO, M., *Rileggendo Beccaria, oggi. Brevi riflessioni sui limiti del potere punitivo*, in *Diritto pubblico*, 2, 2014, 669-681
- RUOTOLO, M., *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, 644-665
- RUOTOLO, M., *Il giudice costituzionale: custode della Costituzione o dei diritti e degli equilibri istituzionali?*, in *Federalismi*, 4, 2022, 883-899
- SALERNO, F., *La politica giudiziaria della Corte costituzionale rispetto alle norme costituzionali di garanzia del diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 4, 2020, 1095-1098

- SANDULLI, A., *Impervi sentieri dell'interlegalità: dal conflitto tra giurisdizioni allo scontro tra ordinamenti*, in *Rivista Italiana Diritto Pubblico Comunitario*, 1, 2021, 57-65
- SANDULLI, M.A., *Decadenza e sanzione*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna*, Milano, Giuffrè, 1982, 485-530
- SANDULLI, M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, Jovene, 1983
- SANDULLI, M.A., voce *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Istituto enciclopedia italiana, 1992, 1-19
- SANTANGELO, A., *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, G. Giappichelli, 2022
- SARAT, A., DOUGLAS, L. e MERRILL UMPHREY, M. (a cura di), *Law as Punishment/Law as Regulation*, Stanford, Stanford University Press, 2011, 50-76
- SBORO, B., *Alcuni aggiornamenti sul ruolo del diritto vivente nella giurisprudenza costituzionale*, in corso di pubblicazione in *Quaderni costituzionali*, 2023.
- SBRICCOLI, M., *Storia del diritto penale e della giustizia*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2009
- SCARPELLI, U., *Il metodo giuridico*, in *Rivista diritto processuale*, 4, 1971, 553-574
- SCARPELLI, U., *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982
- SCARPELLI, U., *La meta-etica analitica e la sua rilevanza etica* (1980), in SCARPELLI, U., *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982, 73-112
- SCHMIDT, A., voce *Embeddedness*, in *Encyclopedia Britannica*, 2019
- SCHOLZ, S.J., *Rousseau on Poverty*, in STACY, H.M. e LEE, W.C. (a cura di), *Economic Justice. Philosophical and Legal Perspectives*, Springer, New York, 2013, 13-29
- SCHROCK, S.T., *The Right to Punish and the Right to Resist Punishment in Hobbes' Leviathan*, in *Political Research Quarterly*, 44, 1991, 853-890
- SCODITTI, E., *Articolare le Costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2004, 189-215
- SCODITTI, E., *Corti e carte dei diritti: il diritto come potenzialità*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2013, 379-400
- SCODITTI, E., *Legalità al plurale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2013, 1031-1038
- SCOLETTA, M., *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019
- SGUBBI, F., *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *L'Indice penale*, 1984, 253-267
- SGUBBI, F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, Il Mulino, 2019
- SHAPIRO, S.J., *The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed*, in A. RIPSTEIN (a cura di), *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 22-55
- SHAPIRO, S.J., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2013
- SHARON BYRD, B. e HRUSCHKA, J., *Kant's Doctrine of Right. A commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010

- SIGISMONDI, A., *Pene pecuniarie e funzione rieducativa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, 146-155
- SIMMONS, A.J., *Locke and the Right to Punish*, in *Philosophy and Public Affairs*, 4, 1991, 311-349
- SILVA SANCHEZ, J., *Sullo stato della legalità penale*, in STILE, A.M., MANACORDA e MONGILLO, V. (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 181-198
- SILVESTRI, G., *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2006, 7-24
- SILVESTRI, G., *Diritto penale, democrazia, costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, vol. VII, Torino, G. Giappichelli, 2010, 3093-3104
- SIMESTER, A.P. e DU BOIS-PEDAIN, A. (a cura di), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas Von Hirsch*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2014
- SINISCALCO, M., *Depenalizzazione e garanzia. Dall'illecito penale all'illecito amministrativo: un riesame critico alla luce del rapporto fra potere e cittadini* (1983), Bologna, Il Mulino, 1995
- SORELL, T., voce *Hobbes, Thomas (1588-1679)*, in *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, 2002
- SORRENTI, G., *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di "copertura" costituzionale "a più facce"*, in *Politica del diritto*, 3, 1997, 349-402
- SPASARI, M., *Cinquant'anni dopo: la Costituzione penale inascoltata*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2000, 551-526
- SPIRITO, U., *Storia del diritto penale italiano*, Firenze, Sansoni Editore, 1974
- STACCA, S., *Il potere disciplinare. Dalla protezione della comunità alla protezione dell'individuo*, Milano, FrancoAngeli, 2018
- STACY, H.M. e LEE, W.C. (a cura di), *Economic Justice. Philosophical and Legal Perspectives*, Springer, New York, 2013
- STILE A.M., MANACORDA e MONGILLO, V. (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015
- TAFANI, D., *Kant e il diritto di punire*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2000, 55-84
- TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980
- 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 *Forum Quaderni Costituzionali*, 2007
- TEGA, D., *I diritti in crisi. Tra corti nazionali e corte europea di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2012
- TEGA, D., *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: «il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2015, 400-404

- TEGA, D., *La Corte nel contesto. Percorso di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020
- TEOTONICO, V., *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Bari, Cacucci editore, 2018
- TESAURO, A., *Le sanzioni amministrative punitive. Parte generale*, Napoli, Stabilimento tipografico Tocco, 1925
- TESAURO, G., *Costituzione e norme esterne*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2, 2009, 195-229
- TESAURO, G., *Costituzione e norme esterne*, in BRUNELLI, G., PUGIOTTO, A. e VERONESI, P. (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassarre. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Delle fonti del diritto*, Napoli, Jovene Editore, 2009, 393-436
- TIMMERMAN, M., *Legality in Europe. On the principle nullum crimen, nulla poena sine lege in EU law and under the ECHR*, Cambridge, Intersentia, 2018
- TOSCANO, A., *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012
- TOTO, F., "Public Enemy"? *Difficulties in Rousseau's Theory of Punishment*, in *The Italian Law Journal*, 1, 2021, 415-439
- TRAVI, A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, CEDAM, 1983
- TRAVI, A., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2010, 2323-2326
- TUCKNESS, A., *Retribution and Restitution in Locke's Theory of Punishment*, in *The Journal of Politics*, 3, 2010, 720-732
- TUCKNESS, A., voce *Locke's Political Philosophy*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2020 Edition)*, 2020
- TUSHNET, M., GRABER, M.A. e LEVINSON, S. (a cura di), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, 2015
- UBERTIS, G. e VIGANÒ, F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, G. Giappichelli, 2022
- UBIALI, M.C., *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3, 2017, 293-296
- VALENTINI, C., *Originalismo e politica dell'originalismo*, in *Lettera AIC*, luglio 2022
- B. VAN BOCKEL, *Right not to be Tried or Punished Twice*, in VAN DIJK, P., VAN HOOF, F., VAN RIJN, A. e ZWAAK, L. (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2018, 981-990
- VAN DIJK, P., VAN HOOF, F., VAN RIJN, A. e ZWAAK, L. (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2018
- VANONI, L.P., *Originalismo e Costituzione: una risposta*, in *Lettera AIC*, luglio 2022
- VASSALLI, G., *La podestà punitiva*, Torino, UTET, 1942
- VASSALLI, G., *I diritti dell'uomo dinanzi alla giustizia penale*, in *La giustizia penale*, 1950, 1-9, ora in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1997, III, 17-30
- VASSALLI, G., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1997, III

- VERDROSS, A., *La place de la Convention europeenne des droits de l'homme dans la hierarchie des normes juridiques*, in AA.VV., *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international*, Bruxelles, Presses univiersitaires de Bruxelles, 1968, 84-93
- VESPAZIANI, A., *Interpretazione costituzionale. Diritto comparato*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, Istituto enciclopedia italiana, 2016, in [https://www.treccani.it/enciclopedia/interpretazione-costituzionale-diritto-comparato_res-85eb433c-1383-11e6-8a04-00271042e8d9_\(Diritto-on-line\)](https://www.treccani.it/enciclopedia/interpretazione-costituzionale-diritto-comparato_res-85eb433c-1383-11e6-8a04-00271042e8d9_(Diritto-on-line))
- VICOLI, D., *L'illegalità della sanzione amministrativa di tipo punitivo scardina il giudicato: il caso della revoca della patente di guida*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2021, 900-909
- VIGANÒ, F., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in CORSO, P. e ZANETTI, E. (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Milano, La Tribuna, 2010, 617-680
- VIGANÒ, F., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in MANES, V. e ZAGREBELSKY, V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, 243-298
- VIGANÒ, F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Atti dell'incontro di studio su Il principio del ne bis in idem tra giurisprudenza europea e diritto interno*, 2014, 1-30, disponibile su https://www.cortedicassazione.it/cassazioneresources/resources/cms/documents/20140630_Ne_bis_in_idem.pdf
- VIGANÒ, F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 1-43 ora in PALIERO, C.E. et. al. (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 213-265
- VIGANÒ, F., *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 1-29
- VIGANÒ, F., *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 481-499
- VIGANÒ, F., *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4, 2020, 1775-1819
- VIGANÒ, F., *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in CENTONZE, F. e MANACORDA, S. (a cura di), *Il fatto illecito ne diritto amministrativo e nel diritto penale: la garanzia della prevedibilità*, Milano, Giuffrè, 2021, 21-58
- VIGANÒ, F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022
- VIGLIONE, F., *Il diritto privato regionale nel sistema delle fonti privatistiche: orientamenti incerti della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2, 2013, 387-418
- VIOLANTE, L., *Il delitto d'usura*, Milano, Giuffrè, 1970
- VIOLANTE, L. (a cura di), *Storia d'Italia. Annali*, vol. 12, Torino, Einaudi, 1997
- VON BOGDANDY, A., *The Idea of European Public Law Today - Introducing the Max Planck Handbooks on Public Law in Europe (March 15, 2017)*. Max Planck Institute for

- Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2017-04*, ora in VON BOGDANDY, A., HUBER, P.M., e CASSESE, S. (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume 1. The Administrative State*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 1-29
- VON BOGDANDY, A., HUBER, P.M. e CASSESE, S. (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume 1. The Administrative State*, Oxford, Oxford University Press, 2017
- VON LISZT, F., *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1905), *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it. A.A. Calvi, Milano Giuffrè, 1962
- WALDRON, J., *God, Locke, and Equality. Christian Foundations in Locke's Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002
- WHITMAN, J.Q., *Equality in Criminal Law: Two Divergent Western Roads*, in *Journal of Legal Analysis*, 1, 2009, 119-165
- YATES, A. *The Right to Punish in Thomas Hobbes' Leviathan*, in *Journal of the History of Philosophy*, 2, 2014, 233-254
- ZANOBINI, G., *Le sanzioni amministrative*, Torino, F.lli Bocca, 1924
- ZANON, N., *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 315-330
- ZANON, N., *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in PELLIZZONE, I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 85-95
- ZANON, N., *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, in *Lettera AIC*, luglio 2022
- ZAGREBELSKY, G., *La Corte costituzionale e il legislatore*, in BARILE, P., CHELI, E. e GRASSI, S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, 103-158
- ZAGREBELSKY, G., voce *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 521-712
- ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992
- ZAGREBELSKY, V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in MANES, V. e ZAGREBELSKY, V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, 69-108
- ZAGREBELSKY, V., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2015, 1-10
- ZAGREBELSKY, V. *La pena detentiva «fino alla fine» e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in BRUNELLI, G., PUGIOTTO, A. e VERONESI, P. (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 10, 2019, 15-27

TAVOLA DEI CASI

Corte costituzionale

- sentenza 12 gennaio 2023, n. 2 (pres. Sciarra, red. Zanon)
- sentenza 22 dicembre 2022, n. 266 (pres. Sciarra, red. Viganò)
- sentenza 9 dicembre 2022, n. 246 (pres. Sciarra, red. Amoroso)
- sentenza 28 novembre 2022, n. 238 (pres. Sciarra, red. Amoroso)
- sentenza 17 ottobre 2022, n. 211 (pres. Sciarra, red. Amoroso)
- sentenza 5 luglio 2022, n. 198 (pres. Amato, red. Barbera)
- sentenza 16 giugno 2022, n. 149 (pres. Amato, red. Viganò)
- sentenza 14 giugno 2022, n. 148 (pres. Amato, red. Viganò)
- sentenza 26 maggio 2022, n. 127 (pres. Amato, red. Barbera)
- sentenza 22 aprile 2022, n. 104 (pres. Amato, red. Amoroso)
- sentenza 14 aprile 2022, n. 95 (pres. Amato, red. Viganò)
- sentenza 10 marzo 2022, n. 62 (pres. Amato, red. De Pretis)
- sentenza 13 gennaio 2022, n. 2 (pres. Coraggio, red. Viganò)
- sentenza 2 dicembre 2021, n. 232 (pres. Coraggio, red. Zanon)
- sentenza 23 settembre 2021, n. 185 (pres. Coraggio, red. Modugno)
- sentenza 30 luglio 2021, n. 180 (pres. Coraggio, red. Amato)
- sentenza 12 luglio 2021, n. 151 (pres. Coraggio, red. San Giorgio)
- sentenza 30 aprile 2021, n. 84 (pres. Coraggio, red. Viganò)
- sentenza 16 aprile 2021, n. 68 (pres. Coraggio, red. Modugno)
- sentenza 8 aprile 2021, n. 62 (pres. Coraggio, red. Petitti)
- sentenza 11 febbraio 2021, n. 17 (pres. Coraggio, red. Zanon)
- sentenza 18 gennaio 2021, n. 5 (pres. Coraggio, red. Viganò)
- sentenza 23 dicembre 2020, n. 278 (pres. Coraggio, red. Amoroso)
- sentenza 10 luglio 2020, n. 145 (pres. Cartabia, red. Amoroso)
- sentenza 20 maggio 2020, n. 136 (pres. Cartabia, red. Amoroso)
- sentenza 29 maggio 2020, n. 102 (pres. Cartabia, red. Viganò)
- sentenza 20 maggio 2020, n. 96 (pres. Cartabia, red. Modugno)
- sentenza 26 febbraio 2020, n. 32 (pres. Cartabia, red. Viganò)
- sentenza 24 ottobre 2019, n. 222 (pres. Lattanzi, red. Viganò)
- sentenza 12 settembre 2019, n. 212 (pres. Lattanzi, red. Antonini)
- sentenza 18 luglio 2019, n. 187 (pres. Lattanzi, red. Viganò)
- sentenza 16 luglio 2019, n. 178 (pres. Lattanzi, red. Barbera)
- sentenza 29 maggio 2019, n. 134 (pres. Lattanzi, red. Viganò)
- sentenza 29 maggio 2019, n. 133 (pres. Lattanzi, red. Viganò)
- sentenza 10 maggio 2019, n. 112 (pres. Lattanzi, red. Viganò)

- sentenza 17 aprile 2019, n. 88 (pres. Lattanzi, red. Amoroso)
- sentenza 29 marzo 2019, n. 66 (pres. Lattanzi, red. Modugno)
- sentenza 21 marzo 2019, n. 63 (pres. Lattanzi, red. Viganò)
- sentenza 27 febbraio 2019, n. 24 (pres. Lattanzi, red. Viganò)
- sentenza 31 gennaio 2019, n. 13 (pres. Lattanzi, red. Coraggio)
- sentenza 21 dicembre 2018, n. 240 (pres. Lattanzi, red. Cartabia)
- sentenza 5 dicembre 2018, n. 223 (pres. Lattanzi, red. Viganò)
- sentenza 5 dicembre 2018, n. 222 (pres. Lattanzi, red. Viganò)
- sentenza 7 giugno 2018, n. 121 (pres. Lattanzi, red. Modugno)
- sentenza 2 marzo 2018, n. 43 (pres. Lattanzi, red. Lattanzi)
- sentenza 9 febbraio 2018, n. 22 (pres. Lattanzi, red. Morelli)
- sentenza 1 dicembre 2017, n. 250 (pres. Grossi, red. Sciarra)
- sentenza 13 luglio 2017, n. 179 (pres. Grossi, red. Cartabia)
- sentenza 21 giugno 2017, n. 142 (pres. Grossi, red. Cartabia)
- sentenza 11 maggio 2017, n. 109 (pres. Grossi, red. Zanon)
- sentenza 7 aprile 2017, n. 68 (pres. Grossi, red. Lattanzi)
- sentenza 24 aprile 2017, n. 43 (pres. Grossi, red. Cartabia)
- sentenza 21 dicembre 2016, n. 283 (pres. Grossi, red. Coraggio)
- sentenza 16 dicembre 2016, n. 276 (pres. Grossi, red. De Pretis)
- sentenza 10 novembre 2016, n. 236 (pres. Grossi, red. Zanon)
- sentenza 21 luglio 2016, n. 200 (pres. Grossi, red. Lattanzi)
- sentenza 20 luglio 2016, n. 193 (pres. Grossi, red. Amato)
- sentenza 20 maggio 2016, n. 109 (pres. Grossi, red. Frigo)
- sentenza 26 marzo 2015, n. 49 (pres. Criscuolo, red. Lattanzi)
- sentenza 11 giugno 2014, n. 172 (pres. Silvestri, red. Cartabia)
- sentenza 10 giugno 2014, n. 162 (pres. Silvestri, red. Tesauro)
- sentenza 18 aprile 2014, n. 104 (pres. Silvestri, red. Napolitano)
- sentenza 13 marzo 2014, n. 46 (pres. Silvestri, red. Frigo)
- sentenza 8 aprile 2014, n. 81 (pres. Silvestri, red. Frigo)
- sentenza 23 gennaio 2014, n. 5 (pres. Silvestri, red. Lattanzi)
- sentenza 28 novembre 2013, n. 281 (pres. Silvestri, red. Morelli)
- ordinanza 1° luglio 2013, n. 169 (pres. Gallo, red. Morelli)
- sentenza 8 ottobre 2012, n. 230 (pres. Quaranta, red. Frigo)
- sentenza 23 marzo 2012, n. 68 (pres. Gallo, red. Frigo)
- sentenza 22 luglio 2011, n. 236 (pres. Quaranta, red. Lattanzi)
- sentenza 4 aprile 2011, n. 115 (pres. De Siervo, red. Silvestri)
- sentenza 4 giugno 2010, n. 196 (pres. Amirante, red. Quaranta)
- sentenza 4 dicembre 2009, n. 317 (pres. Amirante, red. Silvestri)
- sentenza 26 novembre 2009, n. 311 (pres. Amirante, red. Tesauro)
- ordinanza 2 aprile 2009, n. 97 (pres. Amirante, red. Gallo)
- sentenza 1° agosto 2008, n. 327 (pres. Bile, red. Flick)
- sentenza 20 giugno 2008, n. 225 (pres. Bile, red. Flick)

- ordinanza 30 aprile 2008, n. 125 (pres. Bile, red. Quaranta)
- ordinanza 14 dicembre 2007, n. 434 (pres. Bile, red. Quaranta)
- sentenza 24 ottobre 2007, n. 349 (pres. Bile, red. Tesauro)
- sentenza 24 ottobre 2007, n. 348 (pres. Bile, red. Silvestri)
- sentenza 23 novembre 2006, n. 394 (pres. Bile, red. Flick)
- sentenza 23 novembre 2006, n. 393 (pres. Bile, red. Quaranta)
- sentenza 7 luglio 2005, n. 265 (pres. Capotosti, red. Neppi Modona)
- sentenza 4 maggio 2005, n. 177 (pres. Contri, red. Neppi Modona)
- sentenza 24 gennaio 2005, n. 27 (pres. Onida, red. Quaranta)
- sentenza 24 giugno 2004, n. 185 (pres. Zagrebelsky, red. Mezzanotte)
- ordinanza 5 luglio 2002, n. 319 (pres. Ruperto, red. Contri)
- ordinanza 22 aprile 2002, n. 150 (pres. Vari, red. Vari)
- sentenza 20 luglio 2001, n. 273 (pres. Ruperto, red. Neppi Modona)
- ordinanza 9 febbraio 2001, n. 33 (pres. Santosuosso, red. Contri)
- sentenza 22 ottobre 1999, n. 388 (pres. Granata, red. Mirabelli)
- sentenza 24 luglio 1995, n. 356 (pres. Baldassarre, red. Mirabelli)
- sentenza 22 luglio 1994, n. 341 (pres. Casavola, red. Spagnoli)
- ordinanza 21 aprile 1994, n. 159 (pres. Casavola, red. Pescatore)
- sentenza 24 febbraio 1994, n. 63 (pres. Casavola, red. Baldassare)
- ordinanza 27 aprile 1993, n. 200 (pres. Casavola, red. Caianiello)
- ordinanza 3 giugno 1992, n. 250 (pres. Corasaniti, red. Caianiello)
- sentenza 16 febbraio 1993, n. 62 (pres. Casavola, red. Cheli)
- sentenza 22 ottobre 1990, n. 288 (pres. Granata, red. Mirabelli)
- sentenza 2 luglio 1990, n. 313 (pres. Saja, red. Gallo)
- sentenza 25 ottobre 1989, n. 487 (pres. Saja, red. Dell'Andro)
- sentenza 6 luglio 1989, n. 409 (pres. Saja, red. Dell'Andro)
- sentenza 16 maggio 1989, n. 247 (pres. Saja, red. Dell'Andro)
- sentenza 13 dicembre 1988, n. 1085 (pres. Conso, red. Dell'Andro)
- sentenza 7 luglio 1988, n. 773 (pres. Saja, red. Spagnoli)
- ordinanza 12 maggio 1988, n. 541 (pres. Saja, red. Pescatore)
- sentenza 14 aprile 1988, n. 447 (pres. Saja, red. Corasaniti)
- sentenza 24 marzo 1988, n. 364 (pres. Saja, red. Dell'Andro)
- ordinanza 10 dicembre 1987, n. 502 (pres. Saja, red. Caianiello)
- ordinanza 19 novembre 1987, n. 421 (pres. Saja, red. Pescatore)
- ordinanza 19 novembre 1987, n. 420 (pres. Saja, red. Pescatore)
- sentenza 25 maggio 1987, n. 87 (pres. La Pergola, red. Dell'Andro)
- sentenza 8 giugno 1984, n. 170 (pres. Elia, red. Elia)
- sentenza 14 marzo 1984, n. 68 (pres. de Stefano, red. Roehrssen)
- sentenza 8 giugno 1981, n. 100 (pres. Amadei, red. Maccarone)
- sentenza 14 aprile 1980, n. 50 (pres. Amadei, red. Malagugini)
- sentenza 21 novembre 1979, n. 131 (pres. Amadei, red. Malagugini)
- sentenza 8 aprile 1976, n. 69 (pres. Rossi, red. Astuti)

- sentenza 16 luglio 1968, n. 104 (pres. Sandulli, red Rocchetti)
- ordinanza 3 luglio 1967, n. 78 (pres. Ambrosini, red. Sandulli)
- sentenza 18 aprile 1967, n. 48 (pres. Ambrosini, red. Petrocelli)
- sentenza 12 febbraio 1966, n. 12 (pres. Ambrosini, red. Petrocelli)
- sentenza 16 giugno 1964, n. 46 (pres. Ambrosini, red. Petrocelli)
- sentenza 15 maggio 1963, n. 68 (pres. Ambrosini, red. Mortati)
- sentenza 12 marzo 1962, n. 15 (pres. Cappi, red. Fragali)
- sentenza 9 giugno 1961, n. 29 (pres. Cappi, red. Petrocelli)
- sentenza 9 marzo 1959, n. 59 (pres. Azzariti, red. Perassi)
- sentenza 26 gennaio 1957, n. 21 (pres. De Nicola, red. Ambrosini)
- sentenza 26 giugno 1956, n. 6 (pres. De Nicola, red. Battaglini)
- sentenza 14 giugno 1956, n. 1 (pres. De Nicola, red. Azzariti)

Corte di Giustizia dell'Unione Europea

- *NE c. Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld* n. II, sentenza, Grande Sezione, 8 marzo 2022, in causa C-205/20
- *Łukasz Marcin Bonda*, sentenza, Grande Sezione, 5 giugno 2012, in causa C-489/10

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

- *Mørck Jensen v. Denmark* (2022), 18 ottobre 2022, ricorso n. 60784/19
- *Grosam v. The Czech Republic*, 23 giugno 2022, ricorso n. 19750/13
- *Goulandris and Vardinogianni v. Greece*, 16 giugno 2022, ricorso n. 1735/13
- *Stoyanova v. Bulgaria*, 14 giugno 2022, ricorso n. 56070/18
- *A.A. and others v. North Macedonia*, 5 aprile 2022, ricorsi nn. 55798/16 e altri 4
- *Kindlhofer v. Austria*, 26 ottobre 2021, ricorso n. 20962/15
- *Milošević v. Croatia*, 31 agosto 2021, ricorso n. 12022/16
- *Bragi Guðmundur Kristjánsson v. Iceland*, 31 agosto 2021, ricorso n. 12951/18
- *Zoletic and Others v. Azerbaijan*, 7 ottobre 2021, ricorso n. 20116/12
- *Volodina v. Russia (no. 2)*, 14 settembre 2021, ricorso n. 40419/19
- *Velkov c. Bulgarie*, 21 luglio 2020, ricorso n. 3403/21
- *Tsonyo Tsonev c. Bulgarie (no 4)*, 6 aprile 2021, ricorso n. 35623/11
- *Norman v. the United Kingdom*, 6 luglio 2021, ricorso n. 41387/17
- *Kurt v. Austria*, Grand Chamber, 15 giugno 2021, ricorso n. 62903/15
- *Timofeyev et Postupkin c. Russie*, 19 gennaio 2021, ricorsi nn. 45431/14 e 22769/15
- *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland*, Grand Chamber, 22 dicembre 2020, ricorsi nn. 68273/14 e 68271/14
- *Velkov c. Bulgarie*, 21 luglio 2020, ricorso n. 3403/21
- *Saqueti Iglesias c. Espagne*, 30 giugno 2020, ricorso n. 50514/13
- *Mihalache v. Romania*, Grand Chamber, 8 luglio 2019, ricorso n. 54012/10
- *Marcello Viola c. Italie (no 2)*, Grand Chamber, 13 giugno 2019, ricorso n. 77633/16

- *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal*, Grand Chamber, 6 novembre 2018, ricorsi nn. 55391/13, 57728/13 e 74041/13
- *Vyacheslav Korchagin v. Russia*, 28 agosto 2018, ricorso n. 12307/06
- *G.I.E.M. s.r.l. and others v. Italy*, Grand Chamber, 28 giugno 2018, ricorsi nn. 1828/06, 34163/07 e 19029/11
- *Tchokhonelidze v. Georgia*, 28 giugno 2018, ricorso n. 31536/07
- *Butkevich v. Russia*, 13 febbraio 2018, ricorso n. 5865/07
- *Kamenos v. Cyprus*, 31 ottobre 2017, ricorso n. 147/07
- *Chap Ltd v. Armenia*, 4 maggio 2017, ricorso n. 15485/09
- *A and B v. Norway*, Grand Chamber, 15 novembre 2016, ricorsi nn. 24130/11 e 29758/11
- *Žaja v. Croatia*, 4 ottobre 2016, ricorso n. 3746/09
- *Biagioli v. San Marino*, 13 settembre 2016, ricorso n. 64735/14
- *Mikhaylova v. Russia*, 19 novembre 2015, ricorso n. 46998/08
- *Perinçek v. Switzerland*, Grand Chamber, 15 ottobre 2015, ricorso n. 27510/08
- *Cestaro v. Italy*, 7 aprile 2015, ricorso n. 6884/11
- *Grande Stevens and others*, 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10
- *Nikolova and Vandova v. Bulgaria*, 17 dicembre 2013, ricorso n. 20688/04
- *Varvara c. Italie*, 29 ottobre 2013, ricorso n. 17475/09
- *Söderman v. Sweden*, Grand Chamber, 12 ottobre 2013, ricorso n. 5786/08
- *Vinter and Others v. the United Kingdom*, Grand Chamber, 9 luglio 2013, ricorsi nn. 66069/09, 130/10 e 3896/10
- *Müller-Hartburg v. Austria*, 19 febbraio 2013, ricorso n. 47195/06
- *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, 9 gennaio 2013, ricorso n. 21722/11
- *Kakabadze and Others v. Georgia*, 2 ottobre 2012, ricorso n. 1484/07
- *Durand c. France*, 31 gennaio 2012, ricorso n. 10212/07
- *Bayatyan v. Armenia*, Grand Chamber, 7 luglio 2011, ricorso n. 23459/03
- *Otegi Mondragon v. Spain*, 15 marzo 2011, ricorso n. 2034/07
- *Rantsev v. Cyprus and Russia*, 7 ottobre 2010, ricorso n. 25965/04
- *Scoppola v. Italy (no. 2)*, Grand Chamber, 17 settembre 2009, ricorso n. 10249/03
- *Liivik v. Estonia*, 25 giugno 2009, ricorso n. 12157/05
- *Beganović v. Croatia*, 25 giugno 2009, ricorso n. 46423/06
- *A. and Others v. United Kingdom*, Grand Chamber, 19 febbraio 2009, ricorso n. 3455/05
- *Sud Fondi srl et autres c. Italie*, 10 gennaio 2009, ricorso n. 75909/01
- *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, 4 novembre 2008, ricorso n. 72596/01
- *Štitić v. Croatia*, 8 novembre 2007, ricorso n. 29660/03
- *Mouillet c. France*, 13 settembre 2007, ricorso n. 27521/04
- *Dumitru Popescu c. Roumanie (n° 2)*, 26 aprile 2007, ricorso n. 71525/01
- *Vilho Eskelinen and Others v. Finland*, Grand Chamber, 19 aprile 2007, ricorso n. 63235/00

- *Veyisoğlu v. Turkey*, 26 giugno 2007, ricorso n. 2731/02
- *Bell v. The United Kingdom*, 16 gennaio 2007, ricorso n. 41534/98
- *Young v. The United Kingdom*, 16 gennaio 2007, ricorso n. 60682/00
- *Jussila v. Finland*, Grand Chamber, novembre 2006, ricorso n. 73503/01
- *M.C. v. Bulgaria*, 4 dicembre 2003, ricorso n. 39272/98
- *Ezeh and Connors v. The United Kingdom*, Grand Chamber, 9 ottobre 2003, ricorsi nn. 39665/98 e 40086/98
- *Kubli v. Switzerland*, 21 febbraio 2002, ricorso n. 50364/99
- *T. v. Austria*, 14 novembre 2000, ricorso n. 27783/95
- *Yildirim c. Turquie*, 4 luglio 2000, ricorso n. 40800/98
- *Durgun c. Turquie*, 4 luglio 2000, ricorso n. 40751/98
- *A. v. The United Kingdom*, 23 settembre 1998, ricorso n. 25599/94
- *Putz v. Austria*, 22 febbraio 1996, ricorso n. 18892/92
- *Osman v. The United Kingdom*, 28 ottobre 1998, ricorso n. 23452/94
- *Welch v. United Kingdoms*, 9 febbraio 1995, ricorso n. 1744/89
- *Ravnsborg v. Sweden*, 23 marzo 1994, ricorso n. 14220/88
- *Kokkinakis c. Grèce*, 25 maggio 1993, ricorso n. 14307/88
- *Weber v. Switzerland*, 22 maggio 1990, ricorso n. 11034/84
- *Campbell and Fell v. The United Kingdom*, 28 giugno 1984, ricorsi nn. 7819/77 e 7878/77
- *S.W. The United Kingdom*, 22 novembre 1995, ricorso n. 20166/92
- *X and Y v. The Netherlands*, 26 marzo 1985, ricorso n. 8978/80
- *Öztürk v. Germany*, Plenary, 21 febbraio 1984, ricorso n. 8544/79
- *Dudgeon v. The United Kingdom*, 22 ottobre 1981, ricorso n. 7525/76
- *Engel and others v. The Netherlands*, Plenary, 8 giugno 1976, ricorsi nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72