

RASSEGNA PENALE

CONTRIBUTI PER UN DIRITTO PENALE LIBERALE

«**Rassegna Penale – Contributi per un Diritto penale liberale**» è una rivista trimestrale, curata dal Centro Studi “Giovanni Bisogni” della Camera Penale di Napoli. Propone contenuti divulgativi e di approfondimento di temi giuridici in materia di giustizia penale. Le linee di azione lungo le quali si muove la Rivista sono principalmente tre. Offrire una panoramica ragionata delle novità normative e della giurisprudenza prodotta dalle Corti, superiori e sovranazionali, attraverso le schede di analisi dei provvedimenti, ciascuna corredata di massima redazionale e di altri utili riferimenti. Ospitare le riflessioni di autorevoli giuristi di diversa estrazione – esponenti del libero foro, docenti universitari e magistrati –, nella prospettiva di coltivare e alimentare la cultura del Diritto penale liberale. Monitorare e annotare la giurisprudenza di merito, con le note di commento alle più interessanti pronunce dei giudici del Distretto di Corte di appello di Napoli. Le ultime sezioni della Rivista sono dedicate all’informazione sulle iniziative culturali e formative organizzate dalla Camera Penale di Napoli, nonché a fornire utili suggerimenti bibliografici. Nella versione digitale gli estremi del provvedimento “nascondono” il collegamento ipertestuale al testo integrale in formato pdf, fatta eccezione per quelli in fase di oscuramento e di quelli di merito.

Il Centro Studi “Giovanni Bisogni” è un organo della Camera Penale di Napoli istituito nel 2016. È strutturato in tre dipartimenti. Il Dipartimento “Ricerca e Analisi” sviluppa progetti di ricerca volti ad approfondire specifiche tematiche della giustizia penale, con particolare riguardo alle principali novità normative; il primo lavoro prodotto è stato quello su *La riforma Orlando. Analisi dei contenuti e valutazioni “a prima lettura” della legge n. 103 del 23 giugno 2017*, edito nel 2018 per i tipi di Aracne; l’obiettivo è quello di dare vita ad una vera e propria collana di pubblicazioni della Camera Penale di Napoli. Il Dipartimento “Biblioteca” cura e gestisce la Biblioteca “Adriano Reale”, ospitata nella sede della Associazione; frutto della generosa donazione della famiglia del Maestro, rappresenta un patrimonio librario di enorme valore scientifico. Il Dipartimento “Rassegna” cura la Rivista trimestrale della Camera Penale.



Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXIX
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-3945-5
ISSN 2723-9471

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: gennaio 2020

In corso di registrazione presso il Tribunale di Napoli (n. 1627/2020 R.G.)

*“... se tutte le dispendiose cure che le civiltà moderne dedicano a perfezionare le istituzioni giudiziarie servissero ad aumentare soltanto di una la percentuale statistica delle sentenze giuste, quelle cure non sarebbero sprecate: ed anche se tutto il lavoro di noi giudici ed avvocati per scorger tra la caligine il lume del giusto, fosse illusorio, anche in tal caso questa fatica prodigata senza frutto tangibile verso la giustizia, sarebbe sempre una santa prodigalità, e forse la più alta espressione di quello spirito per cui
l'uomo si distingue dai bruti”*

Calamandrei P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle Grazie, Milano,
1999, p. 8

Indice

Opinioni **p. 7**

Per l'affermazione della legalità processuale, contro la giurisprudenza creativa p. 7
di Aldo Franceschini

Novità normative **p. 17**

Armonizzazione delle norme volte alla protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione
Dir. UE 23 ottobre 2019 n. 1937 p. 17

Le novità introdotte nella disciplina penale e della responsabilità amministrativa degli enti dal decreto legge in materia fiscale n. 124/2019
Legge 19 dicembre 2019 n. 157 p. 21

Giurisprudenza sovranazionale **p. 31**

Divieto di ne bis in idem e sistema delle sanzioni amministrative in Russia
C. edu, Sez. III, 10 settembre, dep. 8 ottobre 2019, Kornayeva vs Russia p. 31

Diritto al controesame dei coimputati che abbiano reso dichiarazioni etero accusatorie e giusto processo
C. edu, Sez. I, 3 settembre, dep. 17 ottobre 2019, Oddone-Pecchi vs S. Marino p. 32

Giurisprudenza costituzionale **p. 35**

L'aiuto al suicidio nella fase esecutiva
C. cost., 25 settembre 2019, dep. 22 novembre 2019, n. 242
con nota di Amedeo Bucci de Santis p. 35

Permesso premio e reati ostativi al vaglio della Corte costituzionale
C. cost., 22 ottobre 2019, dep. 4 dicembre 2019, n. 253
con nota di Amedeo Bucci de Santis p. 38

Giurisprudenza di legittimità **p. 43**

Sezioni unite **p. 43**

<i>Sequestro di beni mobili e restituzione degli stessi in caso di confisca disposta da disposizioni diverse dall'art. 240 co. II c.p.</i> Cass., Sez. un., 30 maggio 2019, dep. 4 ottobre 2019, n. 40847	p. 43
<i>La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per intervenuto mutamento dell'organo giudicante: il nuovo volto del principio di immutabilità</i> Cass., Sez. un., 30 maggio 2019, dep. 10 ottobre 2019, n. 41736 con nota di Giuseppe Musella	p. 44
<i>Il curatore è sempre legittimato all'impugnazione in materia di sequestri di beni facenti parte del compendio fallimentare</i> Cass., Sez. un., 26 settembre 2019, dep. 13 novembre 2019, n. 45936	p. 49
<i>I mezzi di impugnazione in materia di controllo giudiziario delle aziende</i> Cass., Sez. un., 26 settembre 2019, dep. 19 novembre 2019, n. 46898	p. 51

Sezioni semplici **p. 53**

I. Diritto penale **p. 53**

<i>Il proprietario dell'immobile non risponde dei rischi scaturenti dall'attività del conduttore</i> Cass., Sez. IV, 23 maggio 2019, dep. 2 ottobre 2019, n. 40259	p. 53
<i>Furto ed autoriciclaggio</i> Cass., Sez. II, 11 luglio 2019, dep. 10 ottobre 2019, n. 41686	p. 54
<i>Quando un bacio sulla guancia concretizza il reato di violenza sessuale</i> Cass., Sez. III, 18 settembre 2019, dep. 23 ottobre 2019, n. 43423	p. 55
<i>La necessità del dolo specifico nella condotta di adescamento di minori</i> Cass., Sez. III, 23 maggio 2019, dep. 28 ottobre 2019, n. 43697	p. 57
<i>Maltrattamenti ai danni del figlio naturale non convivente</i> Cass., Sez. III, 12 giugno 2019, dep. 28 ottobre 2019, n. 43701	p. 59
<i>Il concorso materiale del privato nel delitto di concussione</i> Cass., Sez. VI, 25 settembre 2019, dep. 30 ottobre 2019, n. 44368	p. 60
<i>Il mercimonio di un atto dell'ufficio integra la corruzione impropria</i> Cass., Sez. VI, 19 aprile 2019, dep. 19 settembre 2019, n. 45184	p. 63
<i>Turbata libertà degli incanti: la vendita dei beni del fallimento rientra nella nozione di gara</i> Cass., Sez. VI, 3 ottobre 2019, dep. 7 novembre 2019, n. 45434	p. 64
<i>Il titolare dell'autofficina non assume alcun obbligo di garanzia nel caso in cui la mancata riparazione del veicolo sia dipesa dalla volontà della persona offesa</i> Cass., Sez. IV, 23 maggio 2019, dep. 14 novembre 2019, n. 46191	p. 65
<i>Esercizio abusivo della professione anche per la mera consulenza legale</i>	

Cass., Sez. II, 26 settembre 2019, dep. 19 novembre 2019, n. 46865	p. 66
<i>Contagio da HIV. “L’untore” risponderà di epidemia o di lesioni gravissime? Parola alla Corte</i>	
Cass., Sez. I, 30 ottobre 2019, dep. 26 novembre 2019, n. 48014	p. 67
<i>La configurabilità dell’oltraggio a magistrato in caso di apprezzamenti personali accompagnati da un applauso sarcastico</i>	
Cass., Sez. VI, 14 marzo 2019, dep. 19 settembre 2019, n. 48555	p. 71
<i>Il nuovo statuto normativo della legittima difesa domiciliare</i>	
Cass., Sez. III, 10 ottobre 2019, dep. 10 dicembre 2019, n. 49883 con nota di Valentina Semplice	p. 72
<i>La responsabilità nel reato di omissione di lavori in edifici o costruzioni che minacciano rovina</i>	
Cass., Sez. I, 7 ottobre 2019, dep. 12 dicembre 2019, n. 50366	p. 75
<i>Mancata prescrizione dei test pre-concezionali ed interruzione della gravidanza: la colpa del medico</i>	
Cass., Sez. V, 14 ottobre 2019, dep. 20 dicembre 2019, n. 51479	p. 76

II. Leggi speciali **p. 81**

<i>L’ammissibilità del concorso di persone nel delitto di emissione di fatture per operazioni inesistenti</i>	
Cass., Sez. III, 22 maggio 2019, dep. 8 ottobre 2019, n. 41124	p. 81
<i>La nozione di nocumento determinato dall’illecito trattamento dei dati personali</i>	
Cass., Sez. III, 20 giugno 2019, dep. 10 ottobre 2019, n. 41604 con nota di Giuseppe Musella	p. 82
<i>La configurabilità del reato di omesso versamento dell’imposta sul valore aggiunto</i>	
Cass., Sez. III, 5 giugno 2019, dep. 16 ottobre 2019, n. 42522	p. 84
<i>Tempus commissi delicti nel reato di diffusione di dati personali a mezzo creazione di un falso profilo su social network</i>	
Cass., Sez. III, 28 maggio 2019, dep. 17 ottobre 2019, n. 42565	p. 85
<i>Il ruolo del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo nell’accertamento della responsabilità degli enti</i>	
Cass., Sez. IV, 24 settembre 2019, dep. 28 ottobre 2019, n. 43656	p. 87
<i>La presenza di salmonella nella fase di stagionatura dell’alimento</i>	
Cass., Sez. III, 16 settembre 2019, dep. 11 novembre 2019, n. 45701	p. 89
<i>Il profitto confiscabile nei reati tributari nei casi di accordo formale con l’Erario</i>	
Cass., Sez. III, 23 ottobre 2019, dep. 25 novembre 2019, n. 47837	

con nota di Antonio Scotto Rosato	p. 90
<i>Responsabilità, interessi e vantaggi delle società in tema di infortuni sul lavoro</i>	
Cass., Sez. IV, 27 novembre 2019, dep. 9 dicembre 2019, n. 49775	p. 92
<i>La durata della pena accessoria nei delitti di bancarotta fraudolenta</i>	
Cass., Sez. V, 24 giugno 2019, dep. 9 dicembre 2019, n. 49821	p. 94
<i>Il prelievo ematico finalizzato all'accertamento del tasso alcolemico</i>	
Cass., Sez. IV, 8 novembre 2019, dep. 10 dicembre 2019, n. 49898	p. 97

III. Procedura penale **p. 99**

<i>La possibile cumulabilità del sequestro preventivo e del sequestro probatorio</i>	
Cass., Sez. III, 16 luglio 2019, dep. 16 luglio 2019, n. 40072	p. 99
<i>Istanza di legittimo impedimento via pec ed onere della prova</i>	
Cass., Sez. IV, 7 maggio 2019, dep. 4 ottobre 2019, n. 40798	p. 100
<i>Il sequestro per equivalente ha natura sussidiaria rispetto a quello diretto</i>	
Cass., Sez. III, 11 settembre 2019, dep. 10 ottobre 2019, n. 41626	p. 101
<i>L'inammissibilità della rinuncia e della revoca tacita del mandato difensivo per facta concludentia</i>	
Cass., Sez. VI, 10 settembre 2019, dep. 11 ottobre 2019, n. 41965	p. 103
<i>L'inammissibilità del ricorso per cassazione per inosservanza dei parametri "protocollari"</i>	
Cass., Sez. II, 19 giugno 2019, dep. 14 ottobre 2019, n. 42052	p. 104
<i>La tassatività dei mezzi d'impugnazione e l'interesse ad impugnare</i>	
Cass., Sez. III, 5 giugno 2018, dep. 15 ottobre 2019, n. 42146	p. 106
<i>Il rischio di inversione dell'onere della prova nel tentativo di superamento del ragionevole dubbio</i>	
Cass., Sez. III, 28 maggio 2019, dep. 17 ottobre 2019, n. 42565	p. 107
<i>La indiscriminata acquisizione di file e documenti: illegittimità del sequestro probatorio</i>	
Cass., Sez. VI, 26 settembre 2019, dep. 24 ottobre 2019, n. 43556	p. 109
<i>Modifica normativa dei casi di appello: regime intertemporale</i>	
Cass., Sez. III, 12 giugno 2019, dep. 28 ottobre 2019, n. 43699	p. 111
<i>Omesso versamento I.V.A.: accesso al patteggiamento in caso di mancato pagamento del debito</i>	
Cass., Sez. III, 12 luglio 2019, dep. 31 ottobre 2019, n. 44515	p. 113
<i>Il rischio di reiterazione esclude l'obbligo di motivare circa la prognosi relativa alla mancata sospensione condizionale</i>	

Cass., Sez. VI, 3 ottobre 2019, dep. 7 novembre 2019, n. 45434 p. 115

L'utilizzabilità processuale del processo verbale di constatazione redatto dai funzionari dell'Agenzia delle Entrate

Cass., Sez. III, 9 ottobre 2019, dep. 11 dicembre 2019, n. 50009 p. 116

I poteri della Corte in tema di estradizione

Cass., Sez. VI, 19 novembre 2019, dep. 12 dicembre 2019, n. 50419 p. 117

IV. Esecuzione e sorveglianza p. 119

La legittimazione per il ricorso in cassazione nel procedimento di esecuzione

Cass., Sez. III, 4 giugno 2019, dep. 2 ottobre 2019, n. 40395 p. 119

Detenzione inumana e degradante: possibilità di ottenere il ristoro in forma specifica anche in caso di condanna all'ergastolo cd. “ostativo”

Cass., Sez. I, 3 maggio 2019, dep. 10 ottobre 2019, n. 41649 p. 120

L'irrelevanza dell'adempimento dell'obbligazione risarcitoria ai fini della concessione dell'affidamento in prova ai servizi sociali

Cass., Sez. I, 18 settembre 2019, dep. 28 ottobre 2019, n. 43853 p. 122

Giurisprudenza di merito p. 125

I. Diritto penale p. 125

L'estensione della confisca ai concorrenti necessari benché prosciolti: obbligo o dovere?

Trib. Napoli, Sez. IX, 12 aprile 2019, dep. 8 ottobre 2019, n. 4752
di Francesco Talamo p. 125

II. Leggi speciali p. 139

Sindacato del giudice penale sulla legittimità del foglio di via obbligatorio

Trib. Napoli, Sez. XI, 17 aprile 2019, dep. 4 maggio 2019, n. 4946
di Fabrizio Chianese e Mariassunta Zotti p. 139

L'irrelevanza della recidiva antecedente alla depenalizzazione del 2016 nel reato di contrabbando

Trib. Napoli, Sez. VII, 29 novembre 2019, dep. 29 novembre 2019, n. 12975
di Raffaele Minieri p. 144

III. Procedura penale p. 151

Valutazione comparativa tra rigore legislativo ed esigenze di salute del ristretto agli arresti domiciliari
TdL Napoli, Sez. X, 8 ottobre 2019, dep. 5 novembre 2019, n. 4246
di Fabio De Maria p. 151

Lesioni personali: un certificato medico attestante la presenza di lesioni consente di superare le contraddizioni e le incertezze del narrato della parte lesa
Trib. Napoli, Sez. XI, 9 ottobre 2019, dep. 28 ottobre 2019, n. 10531
di Valerio Esposito p. 157

IV. Misure di prevenzione p. 161

La rivalutazione della pericolosità sociale per eseguire la sorveglianza speciale, dopo l'espiazione di pena detentiva
TdP Napoli, 20 novembre 2019, dep. 2 dicembre 2019, n. 216
di Marco Muscariello p. 161

Programmazione eventi formativi p. 168

Suggerimenti bibliografici p. 169

Opinioni

Per l'affermazione della legalità processuale, contro la giurisprudenza creativa

di Aldo Franceschini

La recente sentenza Bajrami delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in tema di mutamento del giudice¹, offre una formidabile occasione per richiamare l'attenzione sulla legalità processuale.

Un principio in realtà mai adeguatamente coltivato, mai affinato; di fatto, non riconosciuto, se non addirittura rinnegato. Ragione per la quale, in ossequio ad un sano realismo, i giuristi consapevoli della sua importanza, oggi, più che auspicare alla sua resilienza², dovrebbero, forse, agognarne l'epifania.

La sentenza Bajrami è solo l'ultimo, in ordine di tempo, dei prodotti c.d. paranormativi³ licenziati dal giudice di legittimità.

Una rapida – quanto incompleta – panoramica degli arresti più noti⁴ restituisce un'immagine plastica dei gangli essenziali dell'ordito processuale nei quali la giurisprudenza si è insinuata, svolgendo una illegittima funzione creativa.

La sentenza Dorigo del 2006⁵, che torce la fattispecie del procedimento di esecuzione per recepire il *decisum* di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che riscontrava la violazione dell'art. 6 CEDU.

La sentenza Battistella del 2007⁶, che attribuisce al g.u.p. un non tipizzato potere di impulso al pubblico ministero in ordine alla formulazione del capo di imputazione, per esorcizzare l'*horror regressionis*.

La sentenza Drassich del 2009⁷, che stravolge la fattispecie dell'impugnazione straordinaria del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto, ancora una

¹ Cfr. Cass., Sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, Bajrami, Pres. Carcano, Rel. Beltrani.

² Parlava di resilienza del principio di legalità penale a margine della “saga Taricco”, MAIELLO V., *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1250 ss.

³ MAGIL. (interviste a cura di), *Tramonto della immediatezza o sano realismo? Le Sezioni Unite Bajrami e il novum processuale*, intervista a Paolo Ferrua, Cataldo Intrieri, Francesco Cascini e Nicola Russo, in *Giust. insieme*, 30 ottobre 2019.

⁴ Per un'analisi ragionata delle sentenze più significativamente espressive di creatività si veda NEGRI D., *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, èthos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. Pen.*, 2017, n. 2

⁵ Cfr. Cass., Sez. I, 1 dicembre 2006, n. 2800, Dorigo, Pres. Fazzioli, Rel. Silvestri, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 1441.

⁶ Cfr. Cass., Sez. un., 1 febbraio 2008, n. 5307, Battistella, Pres. Gemelli, Rel. Canzio.

⁷ Cfr. Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, n. 45807, Drassich, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 1457 ss.

volta (vedi Dorigo) per scongiurare l'esecuzione di una sentenza censurata dal Giudice di Strasburgo nella ingiustificata latenza del legislatore ordinario.

La sentenza Rossi del 2012⁸, che inventa la figura del c.d. abuso del processo per neutralizzare eccezioni difensive e “purgare” conclamate invalidità, nella deriva efficientista oramai dilagante.

La giurisprudenza ormai uniforme in materia di nullità fondata sulla teoria del c.d. pregiudizio effettivo⁹, che si muove lungo una linea direttrice sinergica rispetto alla strategia di contrasto al c.d. abuso del processo.

La sentenza Aquilina del 2013¹⁰, che, in materia di chiamata in correità o reità *de relato*, rende “liquido” l'elenco (invece tassativo) dettato dall'art. 195 co. 3 c.p.p., facendo rientrare, nei casi di impossibilità oggettiva, anche quello (non previsto) della scelta della fonte diretta di esercitare il diritto al silenzio.

La sentenza Maresca del 2015¹¹, che stabilisce il modulo non partecipato per il giudizio di legittimità in materia di misure cautelari reali – in chiara prospettiva efficientista –, obliterando un dato testuale esplicito (l'art. 324 co. 3 c.p.p. rinvia, tra l'altro, all'art. 311 co. 4. c.p.p., che prevede, *expressis verbis*, una *discussione* dinanzi alla Corte di cassazione).

La sentenza Scurato del 2016¹², che sdogana con disinvoltura l'utilizzo di uno strumento investigativo ibrido (il famigerato captatore informatico), non previsto dal codice di rito, lesivo di plurimi diritti costituzionali, e ne disegna, in modo più o meno arbitrario, l'ambito di operatività.

La sentenza Galtelli del 2016¹³, che inventa un caso di inammissibilità dell'atto di appello – in aggiunta a quelli tassativamente elencati dall'art. 591 c.p.p. – estendendo la categoria concettuale della aspecificità c.d. estrinseca all'impugnazione di merito.

Da ultimo, si diceva, la sentenza Bajrami del 2019.

Ma i prodromi sono forse più risalenti, e non sarebbe sterile esercizio speculativo indagarli a fondo. Si pensi alla c.d. ricognizione informale avallata dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui sarebbe legittima in quanto consisterebbe in un elemento “atipico” che si innesta nel quadro di una prova tipica (testimonianza)¹⁴. Sofisticato *escamotage* che consente il recupero (in prospettiva,

⁸ Cfr. Cass., Sez. un., 29 settembre 2011 (dep. 2012), n. 155, Rossi, Pres. Lupo, Rel. Di Tomassi.

⁹ Cfr. Cass., Sez. un., 24 novembre 2016 (dep. 2017), n. 7697, Amato, Pres. Canzio, Rel. Izzo, che ripercorre gli arresti più significativi che hanno stabilizzato l'orientamento del c.d. pregiudizio effettivo (o della c.d. lesività in concreto o, ancora, della c.d. offensività processuale), evocando: Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004 (dep. 2005), n. 119, Palumbo; Cass., Sez. un., 17 ottobre 2006 (dep. 2007), n. 10251, Michaeler; Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 19602, Micciullo; Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, cit.

¹⁰ Cfr. Cass., Sez. un., 29 novembre 2012 (dep. 2013), n. 20804, Aquilina, Pres. Lupo, Rel. Milo-Vecchio.

¹¹ Cfr. Cass., 17 dicembre 2015, n. 51207, Maresca, Pres. Santacroce, Rel. Ramacci.

¹² Cfr. Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 26889, Scurato, Pres. Canzio, Rel. Romis.

¹³ Cfr. Cass., Sez. un., 27 ottobre 2016 (dep. 2017), n. 8825, Galtelli, Pres. Canzio, Rel. Andronio.

¹⁴ Cfr. Cass., Sez. I, 11 giugno 1992, n. 6922, Cannarozzo.

ancora una volta, efficientista) di un mezzo di prova invalido (per violazione del disposto di cui all’art. 213 co. 3 c.p.p.).

Come si rileva *ictu oculi*, se alcune tra le prime sperimentazioni creative erano *in bonam partem* (vedi Dorigo e Drassich) – e potevano così contare sull’approvazione (forse un po’ ingenua) dei più – ben presto la creatività si è prodotta in costrutti di chiaro segno sfavorevole (*in malam partem*)¹⁵.

Scontiamo un ritardo enorme. A oltre vent’anni dalla solenne ed efficace proclamazione del principio nella nostra *Grundnorm* (art. 111 co. I Cost.), manca del tutto la delineazione di uno statuto della legalità processuale, colpevolmente trascurata.

Il motivo della disattenzione che si è consumata sul principio di legalità processuale può forse rintracciarsi nel maggiore *appeal* esercitato da altri principi varati con la riforma costituzionale del 1999. Il pensiero corre, in particolare, al contraddittorio nella formazione della prova e alla ragionevole durata del processo; più in generale, a tutte le tematiche del giusto processo. Innovazioni, evidentemente, valutate più dirompenti.

E così non sono molti gli studiosi che hanno il merito di aver concentrato i loro sforzi speculativi sul tema¹⁶.

Non solo. Anche la manualistica glissa, fatta eccezione per alcune opere più recenti¹⁷.

Nella giurisprudenza costituzionale il tema sembra sconosciuto.

Nulla a che vedere con la messe di studi che hanno scandagliato, in ogni più recondito aspetto, la legalità sostanziale. Ciò non significa che quest’ultima goda di buona e vigorosa salute; tutt’altro¹⁸. Epperò, mentre per la legalità sostanziale

¹⁵ NEGRI D., *Splendori e miserie della legalità processuale*, cit., pag. 22.

¹⁶ Sull’argomento vanno senz’altro menzionati NEGRI D., *Splendori e miserie della legalità processuale*, cit.; MAZZA O., *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Studi senesi*, 2017, n. 1-2; LORUSSO S., *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2015; VALENTINI C., *Contro l’invenzione del diritto: piccolo elogio della legalità processuale, ricordando Piero Calamandrei*, in *Arch. Pen.*, 2018, n. 2. Di grande interesse per una indagine retrospettiva NEGRI D., *Delle procedure criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3946 ss., che individua in Beccaria la radice del principio, tema che l’Autore riprende anche nel suo saggio del 2017 poc’anzi citato. Grande lungimiranza va riconosciuta a Massimo Nobili, che proponeva il tema della legalità processuale *ante* riforma costituzionale (NOBILI M., *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 650 ss.; ID., *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, NOBILI M., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, 1998, p. 181); per il periodo immediatamente precedente il varo della legge costituzionale n. 2 del 1999, si veda GALANTINI N., *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1989 ss.

¹⁷ Tra di esse, MAZZA O., *I protagonisti del processo* (Cap. III), in AA.VV., *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 64 ss., e CAMON A., *Il principio di legalità processuale* (§ 2 Cap. IV), in AA.VV., *Fondamenti di procedura penale*, Cedam, Milano, 2019, p. 87 ss.

¹⁸ In ordine cronologico e senza alcuna pretesa di completezza, FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fior.*, 2007, p. 1247 ss.; PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, *ibidem*, p. 1279 ss.; FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giudiziale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.; CUPELLI C., *Il Parlamento europeo e i*

possiamo e dobbiamo alimentare la fiducia nella sua capacità di resistenza¹⁹, per quella processuale dobbiamo rimboccarci le mani per ottenerne il riconoscimento e la piena affermazione.

Si dovrebbe allora iniziare con il chiarire se la riserva di legge abbia natura relativa o assoluta al fine di operare una ricognizione delle fonti regolatrici della materia e, in particolare, del margine di intervento eventualmente consentito a quelle secondarie. Siamo sul versante delle ricadute del principio rispetto al potere legislativo. Anche chi si è occupato del tema, non sempre mostra di prendere espressa posizione su tale *quaestio*. Va detto che gli autori che si sono misurati con il problema, propendono per la natura assoluta della riserva²⁰; ma spesso lo fanno in modo meramente assertivo. Eppure non è affare da poco operare una corretta qualificazione della riserva sancita dall'art. 111 co. I Cost.

Non è questa, certo, la sede opportuna per provare a cimentarsi in un compito così arduo, che richiede ben altri approfondimenti e diverso spazio. Ma vale la pena gettare qualche schizzo di riflessione sul tema.

In tale prospettiva, allora, può essere utile una considerazione preliminare: l'enunciazione testuale adoperata dalla Costituzione si riferisce, genericamente, a tutti i processi, non solo a quello penale. Ed è opportuno prendere atto che, proprio in altri ambiti settoriali, non mancano voci che attribuiscono natura relativa alla riserva di legge in materia processuale²¹.

Secondo. Per quanto riguarda il comparto penale non può ignorarsi che, sul versante sostanziale, la dottrina maggioritaria propende per la natura *tendenzialmente* assoluta – non assoluta *tout court* – della riserva sancita dall'art. 25 co. II Cost.²², compatibile con la possibilità di “un intervento in chiave integratrice della fonte normativa secondaria”. Eppure il tenore letterale espresso da tale disposizione appare, per la verità, più perentorio di quello emergente dall'art. 111 co. I Cost. Dal canto suo, la giurisprudenza costituzionale, in tema di norme penali, opera una

limiti di una codecisione in materia penale tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge, in *Criminalia*, 2012, p. 535 ss.; PINO G., *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2014, p. 167 ss.; CUPELLI C., *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giuris. cost.*, 2015, p. 181 ss.; CAVALIERE A., *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del 'diritto penale vivente' interno ed europeo*, in *Ind. pen.*, 2017, n. 3, p. 653 ss.; ACOCELLA G. (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Giappichelli, Torino, 2019; TRONCONE P., *La legalità penale alla prova di un nuovo ordine giuridico continentale*, *ibidem*, p. 225.

¹⁹ MAIELLO V., *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, cit., p. 1250 ss.

²⁰ RICCIO G., *La procedura penale. Tra storia e politica*, Editoriale scientifica, 2010, p. 38.

²¹ VIGNERA G., *Riserva di legge ex art. 111, comma 1, Cost. e rito camerale uniforme*, in *Riv. trim. dir. proc., civ.*, 2012, p. 551 ss.; ID., *Principio di legalità ed esercizio della giurisdizione*, in *Informazione prev.*, 2008, p. 381 ss.

²² FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Zanichelli, Bologna, 2001, pag. 52-53; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale. 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione struttura e sistematica*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2001, pag. 104.

distinzione: riserva di legge avrebbe natura *tendenzialmente assoluta* con riguardo al precetto²³ e *rigorosamente assoluta* per quanto riguarda la sanzione²⁴.

La dottrina costituzionalista più attenta²⁵ e la stessa giurisprudenza costituzionale²⁶ ridimensionano, tuttavia, il dato testuale, rimarcando la necessità di integrarlo con le ragioni storiche e sistematiche sottese alla norma costituzionale. Mentre vi è addirittura chi, superando le classificazioni tradizionali, propugna una impostazione originale, che guarda alla riserva di legge come istituto unitario²⁷.

Ed ecco che, da questa prospettiva esegetica, può forse giungere un primo argomento per la costruzione di uno statuto della legalità processuale: al di là del dato strettamente letterale, è la valorizzazione del processo penale come luogo di tutela dei diritti fondamentali del cittadino compressi dall'esercizio della giurisdizione e della pretesa punitiva²⁸ a suffragare la tesi che la riserva di legge in parola abbia natura assoluta o che, comunque, l'intervento *in subiecta materia* vada riservato al solo legislatore.

D'altra parte, anche dal punto di vista squisitamente teorico, una considerazione comparata (sull'asse sostanziale-processuale) può offrire utili spunti di riflessione. Il precetto penale ha una vocazione ‘negativa’, nel senso che esso mira a selezionare condotte vietate, siano esse commissive od omissive. E in un'ottica costituzionalmente orientata, il sistema penale dovrebbe ispirarsi alla sussidiarietà (la risposta punitiva come *extrema ratio*)²⁹. Può allora apparire (quantomeno) plausibile una riserva legislativa perimetrata sul nucleo fondamentale della condotta illecita.

²³ Cfr. C. cost., 23 marzo 1966, n. 26, Pres. Ambrosini, Red. Sandulli, che vara il criterio della c.d. “sufficiente determinatezza della fattispecie di fonte legale”. Per una ricostruzione degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza costituzionale si veda MANES V. (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale (diritto sostanziale)*, Giurisprudenza sistematica (aggiornato al settembre 2014), ottobre 2014, reperibile su www.cortecostituzionale.it.

²⁴ Cfr. C. cost., 5 aprile 1971, n. 69, Pres. Branca, Red. Rossi.

²⁵ ZAGREBELSKY G., *Il sistema delle fonti*, UTET, 1990, p. 56; BETZU M., *La riserva assoluta di legge come principio politico e la legge come principio gnoseologico*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, n. 2, p. 6.

²⁶ Nella stessa prospettiva esegetica è orientata la giurisprudenza costituzionale, secondo cui il carattere della riserva, “chiuso o aperto alla possibilità che la legge stessa demandi ad atti subordinati le valutazioni necessarie per la messa in atto concreta delle scelte qualificanti la materia ch'essa stessa ha operato”, dipende “dalle specifiche norme costituzionali che le prevedono, secondo la loro interpretazione testuale, sistematica e storica” (cfr. C. cost., 27 novembre 1998, n. 383, Pres. Granata, Red. Id., § 4.1.2).

²⁷ PICCIRILLI G., *Al “riserva di legge”. Evoluzioni costituzionali, influenze sovranaturali*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 13 ss.

²⁸ Secondo NEGRI D., *Agli albori di un paradigma dell'Italia repubblicana*, cit., pag. 17, “la prospettiva dei diritti individuali nel processo penale è chiaramente imposta dalla Costituzione repubblicana”, rimarcando che il codice di rito penale è la *Magna Charta* dell'individuo (p. 26). Nella stessa prospettiva ILLUMINATI G., *Costituzione e processo penale*, in *Giur. it.*, 2008, p. 521 ss., secondo il quale la funzione del processo penale, “anzi, la giustificazione stessa della sua esistenza”, è “quella di garantire i diritti individuali, che nella Costituzione trovano il loro principale riconoscimento” (p. 667).

²⁹ A proposito della sussidiarietà, si veda CAVALIERE A., *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla “cultura del penale”*, in *Arch. Pen.*, 2018, n. 3.

In senso opposto, la procedura penale ha una spiccata vocazione ‘positiva’, dovendo disciplinare tutte le attività poste in essere dai soggetti che agiscono sulla scena processuale, in tutte le fasi in cui il processo si sviluppa. Ed è allora difficile immaginare regole di comportamento che non siano dettagliate. In altre parole si vuole dire che le norme processuali richiedono, per loro natura, un tasso di specificazione disciplinare³⁰ che sembra precludere *in radice* una ripartizione tra fonti primarie e secondarie, se non a rischio di demandare a queste ultime importanti scelte di politica normativa denotative del ‘giusto processo’.

Non andrebbe poi scartata una terza via, da sviluppare in base all’idea che, sul terreno del processo penale, la riserva di legge possa avere una configurazione ‘modulare’: assoluta, con riferimento ad alcuni settori della materia, in particolare quelli conformativi del ‘giusto processo’; tendenzialmente assoluta, per quanto riguarda altri comparti, con possibilità di integrazioni di natura tecnica. Così, tenuto conto della cornice costituzionale tracciata dagli artt. 2, 13, 14, 15, 25, 27, 41, 42, 111 Cost., si potrebbe ritenere che in materia di misure cautelari e pre-cautelari, strumenti investigativi invasivi e incidenti su diritti fondamentali, statuto del giudice, prova, contraddittorio e regole di giudizio, la riserva di legge sia più intensa, non ammettendo alcun tipo di integrazione rimessa a fonti secondarie.

D’altra parte, si deve riconoscere che, per il processo penale, la Costituzione ha imposto una riserva c.d. rinforzata in materia di formazione della prova, attese le regole espressamente dettate dai commi terzo, quarto e quinto dell’art. 111 Cost. a proposito del contraddittorio c.d. poetico³¹. *Idem* per quanto riguarda le misure *de libertate*, i cui tratti minimi sono fissati a cavaliere tra l’art. 13 e l’art. 27 co. II Cost.; nonché per quanto riguarda lo *standard* cognitivo per la condanna penale, stante la presunzione di non colpevolezza (nella sua dimensione di regola di giudizio) sancita dall’art. 27 co. II Cost. Anche se dal punto di vista teorico la distinzione tra riserva semplice e rinforzata agisce su un piano diverso rispetto alla dicotomia relativa-assoluta, è chiaro che, in una prospettiva esegetica di ampio respiro, la previsione di un vincolo contenutistico non possa essere ignorata per sciogliere il dubbio.

Sempre in ordine alla natura della riserva, ci si dovrebbe poi interrogare se sia una riserva di legge formale o materiale, e dunque ragionare sul legittimo ricorso agli strumenti normativi rientranti nelle prerogative dell’Esecutivo (*id est*, decreto legge e decreto legislativo)³².

³⁰ Potrà sembrare un debole argomento suggestivo o “estetico”, ma anche una mera comparazione visiva dei due fondamentali testi codicistici dà il segno del differente grado di analiticità che contraddistingue le rispettive disposizioni.

³¹ Per l’espressione si veda MAZZA O., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 8, 16, 18.

³² Affronta il tema in ambito sostanziale CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, E.S.I., Napoli, 2012.

Pure una volta che si fossero risolti le propedeutiche questioni classificatorie, saremmo neanche alla prima stazione di un itinerario ricostruttivo. Che dire, infatti, dei corollari della tassatività e determinatezza dei precetti processuali³³?

Proprio ragionando a proposito della tassatività, si dovrebbe così giungere finalmente a sciogliere un quesito cruciale, il cui profilo più critico attiene ai rapporti tra potere legislativo e funzione giurisdizionale. Ci si riferisce alla legittimità dell'interpretazione analogica in materia processuale.

In ambito sostanziale la dottrina riconosce nella *ratio* di garanzia espressa dall'art. 25 co. II Cost. il fulcro della copertura costituzionale del principio di tassatività; ad esso fa da *pendant* il divieto di analogia *in malam partem*, per evitare che le scelte politico-criminali di incriminazione – la quale segna il crinale tra lecito e illecito – finiscano per essere compiute dal giudice penale. Discorso non dissimile dovrebbe operarsi sul versante processuale: l'art. 111 co. I Cost. riserva al legislatore la regolamentazione del *giusto* processo; soltanto il legislatore, pertanto, può fissare le regole che lo rendono *giusto*. Se così non fosse il giudice penale potrebbe concorrere alla individuazione di tali regole e creare fattispecie che, a suo avviso, contribuiscano a rendere *giusto* il processo.

Ma non è ancora tutto. Pur optando – come a nostro avviso dovrebbe farsi – per questa linea più rigorosa, resterebbe il problema della legittimità di un'interpretazione analogica *in bonam partem*³⁴.

In ogni caso, è bene rimarcarlo, molti degli arresti sopra citati non sono frutto di esegesi di tipo analogico, difettando, all'evidenza, il requisito della *eadem ratio*; sono piuttosto i frutti di una giurisprudenza che si sente del tutto affrancata dalla legalità processuale.

Forse l'unico modo di imprimere una vera svolta culturale – perché è di questo che c'è bisogno – è quello di offrire una lettura integrata della legalità penale, sostanziale e processuale, avvicinando il sistema a quella visione 'olistica' di Marcello Gallo, secondo cui lo statuto garantista allestito dalla Costituzione per la materia penale deve avviluppare non solo le disposizioni sostanziali ma tutte quelle che concorrono alla sua applicazione, *ergo* anche a quelle di natura processuale³⁵.

In conclusione il versante più critico della legalità processuale sembra oggi riguardare i rapporti tra legislatore e ordine giudiziario. Eppure su questo terreno, al di là delle classificazioni (o, comunque, del regime da assegnare alla riserva di legge in questione), il dato è contraddistinto da un nitore esemplare: la Costituzione, con il principio sancito al primo comma dell'art. 111, ha scelto di inibire alla

³³ NEGRI D., *Splendori e miserie*, cit., p. 34, nel denunciare come si siano trascurate “le potenzialità più generali del principio”, afferma che “il richiamo alla legalità processuale sembra inoltre implicare l'esistenza dei corollari della tassatività e della determinatezza”.

³⁴ In tal senso UBERTIS G., *Sistema di procedura penale, vol. I Principi generali*, IV ed., UTET, 2017, p. 46.

³⁵ In tal senso, da ultimo, GALLO M., *Diritto penale e Costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 25 ottobre 2018, testo della relazione tenuta alla Scuola superiore di studi giuridici dell'Università di Bologna l'8 giugno 2018 nell'ambito del ciclo di conferenze magistrali *La più bella del mondo? La Costituzione italiana nel suo 70° anniversario*.

giurisprudenza la manipolazione delle fattispecie processuali per generare figure nuove o ibride. In altre parole, la nostra Carta fondamentale ha scelto di bandire la giurisprudenza creativa³⁶.

Eppure, come si è cercato di dimostrare sinotticamente in *ouverture*, l'osservazione degli ultimi quindici anni di giurisprudenza di legittimità ci mostra tutt'altro; ci mostra l'egemonia della *law in action*³⁷.

Ed è un problema destinato a partorire ulteriori degenerazioni a seguito dell'irrigidimento del meccanismo nomofilattico prodotto dalla riforma Orlando del 2017 con l'introduzione della c.d. remissione obbligatoria (art. 618 co. 1-*bis* c.p.p.)³⁸.

Sul virtuoso esercizio dell'interpretazione incombe ormai, come un feticcio, il c.d. diritto vivente: i giudici di merito si sentono ormai inesorabilmente condizionati da esso al punto di giungere a sollevare incidente di costituzionalità di una disposizione normativa, nei termini esegetici propugnati dal c.d. diritto vivente, sebbene di essa possa darsi una lettura costituzionalmente conforme³⁹.

Per non parlare del pernicioso cortocircuito che si verifica quando la legge si limita a recepire passivamente i frutti della giurisprudenza creativa⁴⁰.

Last but not least un ulteriore "attentato" alla legalità processuale proviene dalla *soft law*⁴¹. Si pensi, a tale proposito, all'uso sempre più spregiudicato dei protocolli d'intesa⁴² e delle direttive dei capi degli uffici giudiziari cui viene demandata la

³⁶ FERRAJOLI L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 2016, n. 4, p. 13 ss.; ID., *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi Editore, 2018, *passim*. Nello stesso senso critico FERRUA P., *Il 'giusto' processo tra passato ed avvenire*, in *DisCrimen*, 15 maggio 2019, il quale critica "le teorie del diritto post-moderno che si spingono a parificare la giurisprudenza alla legge, anzi a rendere quest'ultima suddita della prima in una grottesca inversione del fisiologico rapporto tra diritto vigente e diritto vivente" (p. 1).

³⁷ PALAZZO F., *Legalità tra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, n. 3, p. 4 ss.

³⁸ Per annotazioni critiche sul meccanismo di cui all'art. 618 co. 1-*bis* c.p.p., si veda IASEVOLI C., *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione*, in *Giur. it.*, ottobre 2017, p. 2297 ss., in particolare p. 2301; MAZZA O., *Legge e potere: l'irruzione delle Corti sovranazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2017, p. 16.

³⁹ La recente vicenda relativa all'esecuzione di pene detentive brevi irrogate per fattispecie corruttive all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019 dovrebbe imporre una riflessione seria sull'indebito vincolo esercitato dal c.d. diritto vivente.

⁴⁰ Stigmatizza magistralmente il cortocircuito MAZZA O., *Legge e potere: l'irruzione delle Corti sovranazionali*, cit., p. 15-16. Parla di "arrendevolezza del legislatore al formante giurisprudenziale", sia pur con specifico riferimento al versante della determinatezza, TRONCONE P., *La legalità penale alla prova di un nuovo ordine giuridico continentale*, in ACOCELLA G. (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 231.

⁴¹ In generale, sul tema della *soft law* si veda BIN R., *Soft law, no law*, in SOMMA A. (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 31 ss.

⁴² A proposito del protocollo Cassazione-CNF sui criteri di redazione del ricorso stipulato in data 17 dicembre 2015 si veda, in questo numero, Cass., Sez. II, 19 giugno 2019, n. 42052, Pres. Cervadoro, Rel. Beltrani, secondo cui "a seguito della sottoscrizione, in data 17 dicembre 2015, del Protocollo d'intesa tra Corte di cassazione e Consiglio Nazionale Forense, l'aspetto grafico e formale dell'articolazione dell'atto di ricorso in paragrafi ed altre sottopartizioni non è irrilevante, atteso che tale protocollo va considerato strumento esplicativo del dato normativo di