



Maurizio Santise - Fabio Zunica

Coordinate ermeneutiche di

DIRITTO PENALE

Quinta edizione

2021



G. Giappichelli Editore

Coordinate ermeneutiche di
DIRITTO PENALE



Maurizio Santise - Fabio Zunica

Coordinate ermeneutiche di
DIRITTO PENALE

Quinta edizione

2021



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2021 – G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3769-1

ISBN/EAN 978-88-921-9387-1 (ebook - pdf)

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (TO)

Stampa: Rotolito S.p.A. - Pioltello (MI)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

In ricordo di Bruno e Rosaria

*Per trovar la giustizia, bisogna essere fedeli:
essa, come tutte le divinità,
si manifesta soltanto a chi ci crede*

PIERO CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*

PRESENTAZIONE DELLA V EDIZIONE

La V Edizione delle *Coordinate ermeneutiche di Diritto penale* vede la luce in un momento storico destinato a rimanere nei libri di Storia: la Pandemia, oltre a seminare lutti e paure, ha cambiato le nostre vite, imponendo modelli comportamentali inediti, rovesciando certezze che si immaginavano granitiche e chiamando tutti a responsabilità nuove, personali e collettive.

L'emergenza sanitaria innescata dal dilagare del Covid-19 ha avuto inevitabili ripercussioni anche sul terreno del diritto, stimolando in ogni ambito riflessioni sulla necessità di adattare le tradizionali categorie giuridiche alle dirompenti e drammatiche conseguenze sociali scaturite dalla diffusione del contagio e dalla predisposizione, spesso estemporanea, dei relativi rimedi.

Anche il diritto penale non è rimasto insensibile a questa profonda evoluzione e dunque, nello spirito delle *Coordinate ermeneutiche*, con il loro sguardo sempre aperto al presente ma nella consapevolezza dell'importanza di non perdere mai di vista il punto di partenza dei vari istituti giuridici, abbiamo ritenuto doveroso un approfondimento sul punto, dedicando il capitolo conclusivo di questa nuova edizione all'impatto del Coronavirus sul diritto penale.

Non si tratta ovviamente dell'unica novità, perché un ulteriore capitolo ha riguardato il settore dei reati in materia di stupefacenti, interessato da una pluralità di importanti pronunce delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, con risvolti anche sui principi generali del diritto penale.

Ampio spazio è stato poi dedicato, nell'ambito di una rivisitazione generale del testo, anche ad altre importanti novità legislative e giurisprudenziali, dalla riforma del reato di abuso di ufficio (decreto legge n. 76/2020) alla sentenza delle Sezioni Unite del 30 aprile 2020 in tema di confisca urbanistica, dalla pronuncia della Corte costituzionale sul delicato tema del "fine vita" all'adempimento del dovere nel caso del salvataggio in mare dei migranti.

Ancora una volta è stato fondamentale il contributo di un brillante gruppo di giovani giuristi, che ha consentito di conferire nuova linfa al testo, con interventi sempre meditati e pertinenti: un sincero grazie va quindi ai dottori Alessandra Farina, Pasquale Mandolino, Cecilia Massarelli, Michele Pappone, Eleonora Rossi e Luca Vitale, con una menzione speciale per il dr. Federico Noschese, anche in questa occasione attento, scrupoloso e puntuale negli aggiornamenti.

Naturalmente restano all'inizio di molti capitoli i preziosi richiami storici curati dall'ottimo Professore Cosimo Cascione, ciò per ribadire la centralità della prospettiva storica, necessaria per comprendere le trasformazioni che da sempre accompagnano i fenomeni giuridici.

Del resto, uno degli insegnamenti più importanti che ci viene anche dall'esperienza dell'epidemia è che, di fronte alle sfide di oggi, non solo sanitarie, ma anche economi-

che e culturali, l'unica ancora di salvezza rimane, in ogni contesto, la competenza tecnica, il cui consolidamento costituisce la premessa indispensabile per continuare a orientarsi anche nell'ora buia, in modo da affrontare con lucidità i nuovi problemi senza esserne sopraffatti.

Napoli, gennaio 2021

GLI AUTORI

PRESENTAZIONE DELLA IV EDIZIONE

Le coordinate ermeneutiche di diritto penale giungono alla quarta edizione.

È un traguardo che da un lato ci lusinga, dall'altro ci responsabilizza, essendo forte la consapevolezza di non dover deludere le attese di chi individua in questo testo un supporto per uno studio del diritto penale che non si limiti all'analisi della norma giuridica di riferimento, ma si sforzi di offrire una prospettiva più ampia sulle spinte e sulle contraddizioni che agitano l'evoluzione di una materia così affascinante e delicata.

Non abbiamo la pretesa di risolvere tutti i dubbi sollevati dalla disciplina di ogni singolo istituto, ma piuttosto l'ambizione di offrire un approccio critico alla materia che, non trascurando mai l'origine storica dei fenomeni giuridici, si confronti con le molteplici sfumature che si nascondono dietro un precetto normativo, considerato non come una monade, ma come parte di un sistema più ampio, nella consapevolezza del difficile equilibrio tra garanzia individuale e tutela della collettività che contraddistingue da sempre il diritto penale.

Fedele alla sua impostazione originaria, il testo ripropone dunque i richiami storici al diritto romano, per i quali non sarà mai ringraziato a sufficienza il Professor Cosimo Cascione, e al contempo rimane aggiornato alla recente evoluzione normativa e giurisprudenziale, peraltro con l'aggiunta di un nuovo capitolo, dedicato al tema sempre più attuale della rilevanza dei rapporti familiari nel diritto penale.

Un ringraziamento speciale per questa quarta edizione va rivolto inoltre al dottor Federico Noschese, giovanissimo magistrato da poco in servizio presso il Tribunale di Nocera Inferiore, il quale ha fornito un prezioso contributo nel coordinare, con rigore e competenza, il lavoro di altri giovani colleghi e validi studiosi della materia, una "*cupida legum iuventus*", il cui fervido entusiasmo, non disgiunto da una solida preparazione, rappresenta un insostituibile valore aggiunto, oltre che un incoraggiante motivo di speranza per l'avvenire.

Napoli, settembre 2018

GLI AUTORI

PRESENTAZIONE DELLA III EDIZIONE

Il progetto di un testo in grado di coniugare la struttura tradizionale del diritto penale con le imprescindibili esigenze di un costante aggiornamento si rinnova anche quest'anno con la terza edizione delle "Coordinate ermeneutiche di diritto penale".

L'opera si pone sulla scia del cammino intrapreso con la prima edizione del 2014, e proseguito con l'aggiornamento del 2015 e la seconda edizione del 2016, iniziative il cui positivo riscontro ci rafforza nel proposito di rendere il testo chiaro nello stile, completo nei contenuti e capace di suscitare domande, oltre che di provare a fornire qualche risposta.

Nell'ottica di coniugare lo studio degli schemi tradizionali del diritto penale con le ineludibili esigenze di un costante aggiornamento, sono stati aggiunti in questa terza edizione tre nuovi capitoli, uno dedicato ai delitti in tema di terrorismo internazionale, per i quali si impone la necessità di conciliare le istanze di tutela collettiva con il rispetto dei principi di offensività e legalità, un altro in materia di reati-contratto, tema che conferma l'utilità del dialogo del diritto penale con il diritto civile e in generale con gli altri rami dell'ordinamento, e infine un altro avente ad oggetto una prima esegesi della recente legge sul c.d. caporalato, che ha affrontato con strumenti in parte innovativi un antico problema di grave allarme sociale.

Nell'ambito degli originari capitoli, invece, si è tenuto conto delle principali novità registratesi nell'ultimo anno, sia in ambito legislativo, ad esempio con i provvedimenti in tema di depenalizzazione e la legge sull'omicidio stradale, sia in ambito giurisprudenziale, dovendosi richiamare al riguardo, a titolo esemplificativo, i primi interventi della Suprema Corte in tema di autoriciclaggio e di reati ambientali, o ancora il non agevole dialogo tra le Corti in materia di *ne bis in idem*.

Non è mancato neanche in questa occasione il valido contributo di giovani e brillanti giuristi, come pure è rimasto l'efficace apporto del Professore Cosimo Cascione, che ha introdotto molti capitoli con utili riferimenti al diritto romano.

Questa proficua sinergia di conoscenze ed esperienze rappresenta una ben precisa scelta di merito e di metodo, nella convinzione che il costante confronto di idee diverse costituisca una ricchezza preziosa che migliora il proprio bagaglio umano e culturale.

Napoli, marzo 2017

GLI AUTORI

PRESENTAZIONE DELLA II EDIZIONE

Le “Coordinate ermeneutiche di diritto penale” giungono alla seconda edizione.

In questa del 2016, in particolare, non è stata operata soltanto una sintesi critica tra la prima edizione del 2014 e l’aggiornamento del 2015, ma si è rivolto costantemente lo sguardo alle recenti novità legislative e giurisprudenziali che hanno interessato negli ultimi mesi il diritto penale sostanziale.

Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla riforma dei reati ambientali (l. 22 maggio 2015, n. 68), all’introduzione della causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto (d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28), alla riforma del falso in bilancio (l. 27 maggio 2015, n. 69), o ancora ai numerosi interventi della giurisprudenza: sia di quella costituzionale in tema di recidiva e confisca, sia di quella di legittimità in materia di successione di leggi penali nel tempo o di infortuni sul lavoro, sia ancora della giurisprudenza di merito (da ultimissimo a proposito del c.d. “caso Erri De Luca”), sia infine di quella europea, ad es. in tema di concorso esterno in associazione mafiosa (cd. “sentenza Contrada”) o di prescrizione nei reati tributari (c.d. “sentenza Taricco”).

Pur nella necessità di tener conto del fermento normativo e interpretativo che caratterizza da sempre la materia, non è stata cambiata l’impostazione metodologica iniziale, consistente nell’approfondimento non solo del dato testuale della norma di riferimento, ma anche e soprattutto del rapporto, non sempre armonico, tra il singolo istituto giuridico esaminato e il sistema generale nel suo complesso.

Anche questa volta l’opera è stata impreziosita dagli interessanti e originali riferimenti al diritto romano curati, con il consueto rigore scientifico, dal Professor Cosimo Cascione dell’Università “Federico II” di Napoli.

Un sentito ringraziamento va inoltre ai tanti giovani giuristi che ci hanno affiancato nel lavoro con competenza, serietà e inesauribile entusiasmo.

Infine, *last but not least*, un sincero e duplice grazie: in primo luogo all’Editore, che ha creduto fin da subito nel nostro progetto, e in secondo luogo ai lettori, la cui costante fiducia ci incoraggia ad andare avanti in questa bellissima avventura.

Napoli, febbraio 2016

GLI AUTORI

PRESENTAZIONE DELLA I EDIZIONE

Le “coordinate ermeneutiche di diritto penale” si propongono di offrire una disamina meditata delle più recenti innovazioni normative e giurisprudenziali, nella consapevolezza che lo studio concorsuale e la pratica professionale richiedono un continuo aggiornamento che unisca all’apprendimento della “novità” una solida conoscenza degli istituti fondamentali della materia.

Il diritto penale, da sempre e in modo particolare negli ultimi anni, risente degli echi delle tensioni sociali e del rapido divenire di una realtà nella quale gli avvenimenti si susseguono con una velocità che ogni volta sembra travolgere, in poche ore, le certezze maturate in anni precedenti.

Di qui dunque l’esigenza di una riflessione che aiuti ad orientarsi nell’evoluzione di una disciplina che peraltro, con crescente frequenza, è chiamata a confrontarsi con i nuovi schemi del diritto internazionale, in una dialettica non sempre armonica.

All’iniziativa, nata dalla collaudata sinergia di due amici conosciutisi nelle aule dell’Università Federico II di Napoli, hanno aderito giovani magistrati e docenti universitari, accomunati dal desiderio di approfondire lo studio del diritto penale mediante il confronto costruttivo di idee ed esperienze professionali.

Un ringraziamento speciale, infine, va al Professor Cosimo Cascione, non solo per aver curato i riferimenti al diritto romano, utili per un efficace e originale inquadramento storico dei temi trattati, ma anche per aver messo generosamente a disposizione del progetto la sua preziosa competenza scientifica.

Napoli, gennaio 2014

I CURATORI

PRESENTAZIONE DELL’AGGIORNAMENTO 2015

Confortati dal positivo riscontro delle “Coordinate ermeneutiche di diritto penale”, abbiamo ritenuto necessario un aggiornamento del testo, essendo intervenute nel 2014 e nei primi mesi del 2015 importanti novità sia sul piano normativo (si pensi all’introduzione del reato di autoriciclaggio, alla riformulazione dell’art. 416 *ter* c.p. e alle modifiche in tema di stupefacenti), sia sul versante giurisprudenziale.

A tal proposito, oltre alle pronunce della Consulta in tema di recidiva, vanno ricordate varie sentenze della Suprema Corte, non solo delle Sezioni Unite (da ultimo in tema di furto nei supermercati e da ultimissimo in materia di confisca antimafia), ma anche delle singole Sezioni (si pensi tra gli altri agli interventi in tema di trattamento di dati personali sul web e in materia di linee guida in ambito sanitario).

Nell'illustrare il contenuto delle recenti innovazioni, l'approccio metodologico è rimasto lo stesso: l'analisi della fattispecie concreta, certo, ma anche e soprattutto la verifica del suo rapporto con il sistema normativo nel suo complesso, nel tentativo di ampliare lo sguardo generale e di cogliere pregi e contraddizioni dell'attuale disciplina, la cui profonda evoluzione richiede un approfondimento continuo.

Anche in quest'occasione un prezioso contributo è stato fornito da giovani giuristi accomunati da un costante interesse per la ricerca scientifica e per il confronto di idee: a ciascuno di loro va un sincero ringraziamento per l'impegno profuso.

Napoli, febbraio 2015

GLI AUTORI

AUTORI

Hanno collaborato alla quinta edizione:

Alessandra Farina, <i>Magistrato ordinario</i> :	capp. 4 e 25
Pasquale Mandolfino, <i>Magistrato ordinario</i> :	capp. 21, 22 e 26
Cecilia Massarelli, <i>Magistrato ordinario</i> :	cap. 11
Federico Noschese, <i>Magistrato ordinario</i> :	capp. 1, 6 e 9
Michele Pappone, <i>Avvocato e funzionario giuridico Aifa</i> :	cap. 12
Eleonora Rossi, <i>Magistrato ordinario</i> :	cap. 3
Luca Vitale, <i>Magistrato ordinario</i> :	cap. 5

Si ringraziano i seguenti autori che hanno collaborato alle precedenti edizioni:

Antonio Barba, Chiara Bardi, Giuliano Caputo, Attilio Elio Cicenia, Ludovica D'Alessio, Gaspare Dalia, Giuseppe Della Monica, Simone De Martino, Marco Discepolo, Michela Eligiato, Sabrina Fornaro, Fabio Lauria, Giuseppe Orso, Valentina Ricchezza, Manuela Robustella, Valentina Santoro, Andrea Trappolini e Marianna Zampoli.

Si ringrazia il **prof. Cosimo Cascione**, che ha collaborato alle premesse di diritto romano inserite nei riquadri che precedono i capitoli.

PRINCIPIO DI LEGALITÀ E FONTI SOVRANAZIONALI

SOMMARIO: 1. Principio di legalità: aspetti introduttivi. – 2. Principio di legalità e nuove frontiere del diritto dell'Unione europea: dal Trattato di Roma alla vigilia dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. – 3. Il Trattato di Lisbona: la "comunitarizzazione" della materia penale. – 4. Effetti riflessi della disciplina europea su quella nazionale: la libertà di stabilimento e i reati in tema di concorsi a pronostici (Cass., Sez. III, 16 maggio 2012, n. 18767 e Cass., Sez. III, 16 settembre 2014, n. 37851). – 5. La prescrizione in materia di reati tributari. La sentenza Taricco (CGUE, 8 settembre 2015) e il suo recepimento da parte della giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. III, 20 gennaio 2016, n. 2210). – 5.1. I dubbi di costituzionalità e il dialogo tra le Supreme Corti: il compromesso evita l'attivazione dei controlimiti (Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24; CGUE, 5 dicembre 2017 Taricco bis; Corte Cost., sentenza 10 aprile 2018, n. 115). – 6. Principio di legalità e fonti internazionali e sovranazionali. Il potere di disapplicazione del giudice penale con riguardo ai reati in tema di immigrazione clandestina (Cass., Sez. I, 13 marzo 2012, n. 12220). – 7. Principio di legalità e potere del giudice penale di disapplicazione dell'atto amministrativo (Cass., Sez. III, 9 settembre 2015, n. 36366 e Cass., Sez. III, 23 ottobre 2014, n. 44077). – 8. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo quale fonte del diritto e la crisi del principio d'intangibilità del giudicato. – 9. Il principio del *ne bis in idem* nel tormentato dialogo tra la giurisprudenza interna e le Corti europee: alla ricerca dell'unicità del fatto e della sanzione. – 9.1. *Ne bis in idem* e reati tributari: la Corte Costituzionale salva ancora il doppio binario sanzionatorio (Corte Cost., sentenza 2 marzo 2018, n. 43). – 10. Principio di legalità convenzionale e misure di prevenzione. – 10.1. La sentenza *De Tommaso c. Italia* (Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017) e la crisi del sistema di prevenzione. – 10.2. Le ricadute sul delitto di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159/2011: la genericità delle prescrizioni del "vivere onestamente" e del "rispettare le leggi" imposte al sorvegliato speciale (Cass. pen., SS.UU., 5 settembre 2017, n. 40076). – 10.3. Gli ulteriori sviluppi della vicenda (Cass. pen., Sez. II, 26 ottobre 2017, n. 49194). La valutazione di stabilità del diritto convenzionale. – 10.4. Nuovi sospetti per le "pene del sospetto": le Sezioni Unite intervengono in merito al divieto di partecipare a pubbliche riunioni (Cass., SS.UU., 18 novembre 2019, n. 46595).

Diritto romano. – Ius criminale romano e attualità. Si reputa solitamente che – a differenza della evidente continuità in tanti ambiti del diritto privato – le significative differenze tra il diritto penale dei Romani e quello odierno, dovute alla distanza cronologica tra i due sistemi e alla connessa evoluzione delle idee (filosofiche e politiche) che fondano i moderni metodi di repressione criminale, non consentano un'utile comparazione. Naturalmente l'affermazione ha i suoi motivi. Palesi quando si pensi anche solo alle discrepanze tra il diritto penale del Codice del 1930 negli anni immediatamente successivi alla conclusione dell'opera legislativa, in pieno regime fascista, e quello contemporaneo. E ciò pur nella formale vigenza di quella legge, invero sempre più scarnificata dalla sua matrice totalitaria (attraverso il lavoro attento di "democratizzazione" portato avanti dalla Corte Costituzionale e anche, ma in misura meno rilevante, dal legislatore). Maggiormente le diversità, ontologiche, risaltano dal raffronto della situazione attuale con le strutture criminali e le prassi punitive dell'*Ancien régime*, tanto più vicino a noi dell'epoca romana antica. Insomma: il tempo, rispetto al quale molti istituti del diritto privato mostrano una significativa forza di resistenza (che ha fatto pensare addirittura all'esistenza di strutture giuridiche *a priori*)

scardina più velocemente il diritto penale e lo trasforma fin nella sua essenza, incessantemente. C'è, però, una questione che di solito non si considera abbastanza. La grande tradizione romanistica è incentrata soprattutto su fonti relative al diritto privato. La repressione criminale è, certo, presente nella grande Compilazione giustiniana, ma defilata, soprattutto nei c.d. *libri terribiles* dei *Digesta* e in costituzioni del *Codex* spesso di non facile lettura. A un tentativo di misurazione, la sua importanza risulta incomparabile rispetto al *ius privatorum*. Non è – solo – una questione quantitativa. Il problema è che i giuristi romani (che sono i tramiti principali del sapere giuridico antico) si occupavano prevalentemente di questioni relative a rapporti civilistici. La conoscenza approfondita di quello che fu il diritto penale romano, nella sua storicità, è certamente più difficile dal punto di vista della ricerca dei materiali e della loro interpretazione. Questa parte del diritto romano a lungo – si può dire fino ad alcune grandi opere di fine Ottocento (le ricostruzioni di Mommsen in Germania e di Ferrini in Italia costituiscono certamente degli spartiacque) – è stata marginale negli interessi degli studiosi. Oggi, però, si registra un significativo aumento del richiamo di questi temi e forse qualche interessante sorpresa può risultare anche per il giurista dedito al diritto positivo vigente.

1. Principio di legalità: aspetti introduttivi

Il principio di legalità, fondamentale conquista della coscienza giuridica moderna, esprime la necessità che, in uno Stato di diritto, l'esercizio di ogni potere sia vincolato alla legge. In particolare, in materia penale, il principio di legalità svolge una decisiva **funzione di garanzia**, imponendo che siano presidiate dalla legge sia la produzione che l'applicazione delle norme penali; si parla al riguardo di **principio di legalità dei reati e delle pene**¹, per indicare che devono essere previsti dalla legge sia il fatto che costituisce reato, sia la corrispondente sanzione, nella sua natura ed entità².

A livello normativo, il principio di legalità è sancito dall'**art. 25 Cost.**, secondo cui «nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso», mentre, a livello di codificazione europea, la norma principale di riferimento è costituita dall'**art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo**, a norma del quale «nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso»³.

¹ Per un inquadramento sistematico, cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 47 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 9 ss.; C. FIORE, *Diritto penale I*, Utet, Torino, 1998, p. 60 ss.

² Sebbene un lontano antecedente storico del principio di legalità sia individuato nella *Magna Charta Libertatum* inglese del 1215, il cui art. 39 prevedeva che pene privative della libertà potessero essere inflitte a un uomo libero solo *“per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae”*, una formulazione più vicina all'attuale accezione del principio di legalità si deve al pensiero illuministico proteso a limitare gli abusi dello Stato Assoluto. I primi riconoscimenti significativi del principio di legalità sono quindi generalmente ricollegati alla Dichiarazione di Filadelfia del 1774, alle Costituzioni di singoli Stati nordamericani e, a livello europeo, alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. È infine al giurista tedesco Paul Johann Anselm Feuerbach che si deve, agli inizi dell'Ottocento, la formulazione più nota del principio di legalità, espressa dal brocardo *“nullum crimen sine lege”*.

³ Lo stesso art. 7 CEDU, al suo capoverso, stabilisce tuttavia che *«il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al*

Per quanto riguarda la normazione primaria, invece, il principio di legalità ha trovato, già nel Codice del 1930, un riconoscimento espresso negli **artt. 1 e 199 c.p.**⁴.

L'orientamento dottrinale ormai prevalente⁵ sottolinea come il principio di legalità debba essere inteso da un punto di vista non solo formale, ma anche sostanziale, individuando cioè come reato ogni fatto che, oltre ad essere previsto dalla legge come reato, sia anche conforme ai principi costituzionali.

Corollari del principio di legalità, essenziali per tratteggiarne il contenuto, sono la **tassatività** e la **determinatezza** del precetto penale; si tratta invero di elementi distintivi della legalità che vedono come destinatario il legislatore, al quale è imposta una particolare precisione nel descrivere le condotte costituenti reato e le sanzioni per le relative violazioni, al fine di rendere chiaro il contenuto della norma penale (cfr. cap. 2).

Corollari del principio di legalità: tassatività e determinatezza

Strettamente legato ai canoni della tassatività e determinatezza è inoltre il **divieto di analogia in malam partem**⁶; tale divieto, sancito espressamente dall'art. 14 delle preleggi e comunque desumibile dagli artt. 1 e 199 c.p.⁷, trova un fondamento costituzionale proprio nell'art. 25 Cost., ponendosi l'analogia in materia penale in contrasto con il principio di tassatività, perché consentirebbe al giudice di punire oltre i casi rigorosamente previsti dalla legge.

Divieto di analogia in malam partem

Ulteriore e significativa espressione del principio di legalità⁸ è, inoltre, la **riserva di legge in materia penale**, dovendo cioè il precetto penale essere contenuto unicamente in una fonte avente valore di legge.

Riserva di legge

Nel silenzio del legislatore costituzionale, si è discusso in dottrina⁹ circa il carattere di tale riserva di legge, giungendosi alla conclusione della natura assoluta o, quantomeno, tendenzialmente assoluta della stessa: si ritiene, infatti, che nessuna norma di rango subprimario possa contribuire a descrivere il precetto penale, se non per quanto attiene

momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

⁴L'art. 1 c.p. recita: «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite», mentre l'art. 199 c.p. stabilisce che «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite». Invero il principio di legalità, a norma dell'art. 1 legge 24 novembre 1981 n. 689, riguarda anche le sanzioni amministrative.

⁵Inteso in senso formale, il principio di legalità indica la necessità di considerare come reato solo quei fatti che siano espressamente considerati dalla legge come tali. Si tratta di un'accezione fortemente tesa alla tutela del *favor libertatis*. La legalità sostanziale, invece, impone di considerare come reato solo i fatti socialmente pericolosi, con ciò determinando un «*adeguamento semiautomatico del diritto penale al divenire della realtà sociale*». Risulta di tutta evidenza come tale accezione non consenta una predeterminazione dei reati e delle pene. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 9 ss.

⁶L'analogia è il procedimento attraverso il quale vengono risolti i casi non previsti dalla legge, estendendo ad essi la disciplina prevista per i casi simili (*analogia legis*), o, altrimenti, desunta dai principi generali del diritto (*analogia juris*). In termini, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 68.

⁷Pacificamente ammessa è, invece, l'interpretazione estensiva, consistente nel dare alla norma uno dei suoi possibili significati, senza includere nell'imperatività della stessa un caso non previsto. Cfr. Cass., SS.UU., 10 febbraio 2010, n. 5385, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 3, p. 47 ss.

⁸Non a caso i riferimenti normativi del suddetto principio sono da individuarsi nelle stesse norme che delineano il principio di legalità: artt. 25 Cost., 7 CEDU, 1 e 199 c.p.

⁹G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit.

a mere specificazioni tecniche di elementi già individuati dalla fonte primaria¹⁰.

Non collidono con il principio della riserva di legge né la legislazione in materia penale a mezzo di **decreti legge** (purché non vi sia abuso di tale mezzo, concretizzatosi nella reiterazione di norme dal medesimo contenuto, tali da svilirne la natura provvisoria¹¹), né quella realizzata a mezzo di **decreti legislativi**¹², trattandosi di atti aventi, per previsione costituzionale (artt. 76 e 77), forza di legge.

Discorso diametralmente opposto va, invece, fatto in relazione agli atti regolamentari, sia in ordine alla **legge regionale**, pacificamente inidonea a disciplinare la materia penale in forza di quanto previsto dall'art. 117 II co. lett. l) Cost.¹³.

2. Principio di legalità e nuove frontiere del diritto dell'Unione europea: dal Trattato di Roma alla vigilia dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona

L'adesione dell'Italia alla Comunità europea, oltre a comportare una doverosa limitazione della propria sovranità ex art. 11 Cost. e la possibilità di adottare norme dotate di efficacia diretta nei singoli Stati membri, ha posto numerosi problemi di compatibilità con i principi regolatori della materia penale¹⁴.

L'assenza di competenza penale dell'Unione Europea

In realtà, l'idea di un'eventuale contrapposizione tra legislatore nazionale e comunitario è stata inizialmente superata alla luce del pacifico difetto di legittimazione del legislatore europeo ad emanare norme volte a *determinare o ad aggravare la responsabilità penale*¹⁵, non potendosi in alcun modo configurare, nell'originario assetto predisposto dal Trattato di Roma, una competenza penale dell'Unione.

La questione si è tuttavia riproposta dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht sull'Unione europea¹⁶ e del successivo Trattato di Amsterdam.

Il primo, *segnando una tappa fondamentale nel passaggio da un'Unione avente fini prevalentemente economici ad una struttura di impianto politico generale*¹⁷, ridisegnava la Comunità europea come un tempio a tre pilastri, collegati tra loro dall'architrave e dalla base. Questi tre pilastri, in particolare, erano l'Unione europea, caratterizzata dal metodo comunitario, la Cooperazione intergovernativa in materia di politica estera e sicu-

¹⁰ Si pensi, a mero titolo di esempio, alle tabelle in materia di sostanze stupefacenti.

¹¹ Cfr. Corte Cost., 24 ottobre 1996, n. 360, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3147 ss.

¹² La Consulta ha, in particolare, ritenuto pienamente ammissibile la legislazione delegata in materia penale, purché rispetti i requisiti minimi di cui all'art. 76 Cost. (Cfr. Corte Cost., 30 aprile 2003, n. 134).

¹³ Anche prima della riforma costituzionale del titolo V della parte seconda della Costituzione (legge cost. n. 3/2001), si escludeva invero siffatta potestà normativa in capo alle regioni per evidenti ragioni di uguaglianza in relazione a fatti uguali compiuti in diverse regioni del territorio nazionale.

¹⁴ G. TESAURO, *Diritto sull'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, p. 165 ss.

¹⁵ CGCE, 11 giugno 1987, n. 14/86.

¹⁶ Il Trattato di Maastricht è stato firmato il 7 febbraio 1992 ed è entrato in vigore il 1° novembre 1993.

¹⁷ G. TESAURO, *Diritto sull'Unione Europea*, cit., p. 9.

rezza comune (PESC), nonché la Cooperazione nel settore della giustizia e degli affari interni (GAI).

L'istituzione del terzo pilastro ha rappresentato una tappa fondamentale nell'evoluzione del diritto penale della Comunità europea, evoluzione che ha trovato un suo completamento a seguito del Trattato di Amsterdam¹⁸. Questo ultimo, infatti, ha trasformato il GAI nel settore della Cooperazione giudiziaria in materia penale, finalizzando tale pilastro alla tutela degli individui contro il terrorismo, il traffico internazionale di stupefacenti e di armi, la corruzione e la frode.

Il Trattato di Amsterdam, inoltre, nel modificare l'art. 229 TCE, ha previsto un potere sanzionatorio in capo alla Comunità Europea, attribuendo alla stessa il diritto di prevedere «sanzioni» destinate ad essere irrogate dalla Corte di Lussemburgo¹⁹.

Pur a seguito di tali riforme normative, è stato categoricamente escluso un potere dell'Unione di legiferare in via diretta in materia penale, così intendendo il generico riferimento effettuato dall'art. 229 TCE al potere sanzionatorio, come riferito alle sanzioni di natura esclusivamente amministrativa.

L'assenza di una specifica competenza penale dell'Unione è rimasta ferma anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Nizza²⁰, sebbene sia stato attribuito al Consiglio il potere di adottare all'unanimità posizioni comuni volte a definire l'orientamento dell'Unione su specifiche questioni, decisioni quadro di armonizzazione per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, nonché convenzioni internazionali di cui il Consiglio raccomandava l'adozione agli Stati membri²¹. Si precisa che tale Trattato attribuisce un potere diretto in materia penale solo nell'ambito del terzo pilastro, caratterizzato dalle garanzie del metodo intergovernativo, ritenuto assolutamente rispettoso del principio di legalità²².

3. Il Trattato di Lisbona: la "comunitarizzazione" della materia penale

Il Trattato di Lisbona ha certamente rivoluzionato il rapporto tra diritto dell'Unione europea e diritto penale, introducendo significative novità idonee a far ritenere ormai sussistente una competenza dell'organizzazione sovranazionale in ambito penale²³.

L'innovazione più significativa si riscontra nell'abolizione del sistema dei pilastri in-

¹⁸ Il Trattato di Amsterdam è stato firmato il 2 ottobre 1997 ed è entrato in vigore il 1° maggio 1999.

¹⁹ G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 2 ss.

²⁰ Tale Trattato è stato firmato il 26 febbraio 2001 ed è entrato in vigore il 1° febbraio 2003.

²¹ In tale procedura assumeva ruolo di fondamentale rilievo il Parlamento Europeo, poiché lo stesso doveva essere necessariamente consultato prima dell'adozione di tali atti e doveva rilasciare un parere entro un termine non inferiore a tre mesi.

²² Non si può giungere a diverse conclusioni argomentando in base all'art. 280 TCE, norma che consente al Consiglio di adottare le misure nei settori della prevenzione e lotta contro le frodi ed attività illegali che ledono gli interessi finanziari della Comunità, trattandosi di interventi che, per espressa previsione normativa, non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri.

²³ L. PICCIOTTI, *Superamento della tecnica del "doppio testo" e tutela degli interessi europei*, in G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, Milano, 2008.

trodotto dal Trattato di Maastricht, determinando così la c.d. “comunitarizzazione” della materia penale del terzo pilastro, ed assoggettando anche tale settore al metodo comunitario e non più a quello intergovernativo.

A seguito dell’entrata in vigore di tale Trattato, **la materia penale risulta di competenza concorrente**; conseguentemente, alla stessa risulta applicabile il disposto di cui all’art. 2 § 2 TFUE, norma in base alla quale «*gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l’Unione non ha esercitato la propria*»²⁴.

La competenza penale dell’Unione a seguito del Trattato di Lisbona

Di assoluta novità è, poi, la previsione di un’espressa competenza penale indiretta, oggi codificata dall’**art. 83 TFUE**.

Tale norma, al primo paragrafo, attribuisce al Parlamento Europeo ed al Consiglio il potere di emanare mediante direttive, realizzate attraverso la procedura legislativa ordinaria, «*norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni*»²⁵.

Il successivo periodo contiene una, seppure generica, indicazione di dette materie, mentre il terzo periodo del primo paragrafo attribuisce al Consiglio il potere di individuare altre sfere di criminalità, corrispondenti a tali criteri, con una decisione adottata all’unanimità, previa approvazione del Parlamento Europeo.

La norma costituisce una disposizione assolutamente innovativa, poiché introduce una **competenza autonoma** dell’Unione in materia penale²⁶, che può essere definita, alla luce del dato letterale della norma, come una competenza per materia²⁷.

La fonte deputata a disciplinare la materia penale è la **direttiva**, emanata attraverso la procedura legislativa ordinaria (procedura che, riducendo drasticamente il c.d. «deficit democratico», vede il Consiglio ed il Parlamento Europeo in posizione di sostanziale parità), mentre nel sistema previgente lo strumento normativo utilizzato nel settore della Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale era quello della decisione quadro²⁸.

Il par. 2 dell’art. 83 TFUE, poi, consente alle Istituzioni dell’Unione, di introdurre, sempre utilizzando lo strumento della direttiva, «*norme minime relative alla definizione*

²⁴ Con la precisazione che, come meglio si vedrà in seguito, tale competenza penale dell’Unione è sempre una competenza indiretta.

²⁵ Il successivo periodo contiene la specifica indicazione di dette materie, mentre il terzo periodo del primo paragrafo attribuisce al Consiglio il potere di individuare altre sfere di criminalità, corrispondenti a tali criteri, con una decisione adottata all’unanimità previa approvazione del Parlamento Europeo.

²⁶ Si tratta, infatti, di un potere che prescinde completamente da un precedente intervento di armonizzazione.

²⁷ Particolarmente dibattuta risulta la questione relativa all’ammissibilità di una competenza penale indiretta dell’Unione, ex art. 83 TFUE, sulla parte generale del codice penale. L’orientamento prevalente è, sul punto, assolutamente restrittivo, tendendo ad escludere una siffatta competenza del tutto sganciata dalle materie elencate dalla norma in esame. Si ammettono, tuttavia, interventi relativi alla parte generale del diritto penale, purché riferiti a materie già comprese nell’elenco di cui all’art. 83 (si pensi, a mero titolo di esempio, alla responsabilità da reato delle persone giuridiche).

²⁸ La decisione quadro, ex art. 34 TUE, era adottata all’unanimità dal Consiglio.

dei reati e delle sanzioni», «allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si riveli indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione».

Tale competenza è strettamente finalizzata alla tutela del c.d. **effetto utile** dei preceetti comunitari; è, cioè, strumentale all'effettivo raggiungimento delle finalità proprie delle norme comunitarie e costituisce una competenza di carattere meramente **accessorio**, sia rispetto alla competenza di cui all'art. 83.I TFUE, sia rispetto alla disciplina sanzionatoria adottata dai singoli Stati nei settori oggetto di armonizzazione²⁹.

Si precisa, inoltre, come tali direttive possano essere emanate solo in presenza di due specifiche condizioni: a) si deve trattare di settori già in precedenza oggetto di misure di armonizzazione; b) il ricorso alla disciplina penale deve essere indispensabile per l'attuazione efficace di una politica dell'Unione.

Ancora aperto risulta, invece, il dibattito relativo all'esistenza di una competenza penale "diretta" dell'Unione europea.

Parte della dottrina ritiene che l'ammissibilità della stessa debba essere desunta dall'art. 86 TFUE. Tale norma, in particolare, nel prevedere che *«per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust ...»*, consentirebbe all'Unione l'emanazione di regolamenti idonei a delineare nuove fattispecie delittuose.

I sostenitori di tale tesi al fine di rendere una competenza diretta del compatibile con i principi di legalità e di riserva di legge, sottolineano come la sanzione per la violazione definita in siffatti regolamenti dell'Unione debba essere individuata da fonti primarie dei singoli Stati membri.

Sembra, tuttavia, preferibile l'interpretazione volta ad escludere una competenza penale diretta dell'Unione europea, sulla base dell'argomentazione per cui i regolamenti adottati ex art. 86 TFUE devono limitarsi solo ad individuare quali fatti, già costituenti reato negli Stati membri, siano, per la loro connotazione transnazionale, idonei a ledere gli interessi finanziari dell'Unione.

Va infine sottolineato che, anche in relazione alla competenza penale indiretta dell'Unione di cui all'art. 83 TFUE, si è posto il problema di valutarne la conformità ai principi costituzionali interni³⁰.

Un primo orientamento dottrinale ritiene che non vi sia alcun *vulnus* al principio di legalità *«in quanto l'armonizzazione comunitaria richiede l'intervento dei Parlamenti na-*

Art. 83 TFUE in rapporto al principio di legalità

²⁹ A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, I, 2004, p. 5 ss.

³⁰ Problema analogo si era già posto a partire dal 2005, a seguito del riconoscimento, seppure solo in via giurisprudenziale, di una competenza penale indiretta dell'Unione. Con sentenza 13 settembre 2005, C-176/03, in particolare, la CGCE aveva ritenuto che seppure *«in via di principio la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità, questa constatazione non può tuttavia impedire al legislatore comunitario ... di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente»*.

zionali ai fini della definitiva integrazione delle disposizioni esterne nei rispettivi ordinamenti giuridici»³¹.

In tale ottica la compatibilità con i principi informatori della materia penale sarebbe evidente, poiché lo strumento della direttiva pone solo un vincolo di scopo agli Stati membri, tenuti a darvi attuazione con il mezzo dagli stessi ritenuto più idoneo. Ad integrazione si richiama il principio, di matrice giurisprudenziale, secondo cui la direttiva attuata in modo inesatto o incompleto non può creare, estendere o aggravare la responsabilità penale dell'individuo nell'ordinamento interno³².

Il contrapposto orientamento³³ sostiene che la competenza penale indiretta dell'Unione non sia pienamente compatibile con il principio di legalità e della riserva di legge, dubitando della legittimazione democratica della procedura di esecuzione delle direttive nel settore in esame: il ruolo attribuito ai Parlamenti nazionali non sarebbe adeguatamente decisivo né nella fase c.d. ascendente di formazione del precetto normativo, né in quella discendente. Nella prima fase, infatti, ai Parlamenti nazionali non è dato alcun potere di veto vincolante; nella seconda, invece, agli stessi è attribuito esclusivamente il potere di attuare la direttiva, nei soli stretti margini di discrezionalità dalla stessa lasciati.

4. Effetti riflessi della disciplina europea su quella nazionale: la libertà di stabilimento e i reati in tema di concorsi a pronostici (Cass., Sez. III, 16 maggio 2012, n. 18767 e Cass., Sez. III, 16 settembre 2014, n. 37851)

Ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, pur escludendosi, come si è detto, una competenza penale diretta dell'Unione europea, si discuteva sull'esistenza di effetti indiretti e riflessi del diritto comunitario sul diritto penale dei singoli Stati membri.

L'orientamento dominante riteneva ammissibile il verificarsi di un **effetto limitativo** del diritto comunitario sul diritto penale, allorché la norma comunitaria³⁴, dotata di efficacia diretta nel nostro ordinamento, restringesse l'area del penalmente rilevante, così producendo un effetto di *favor rei*. Si sottolineava quindi come, alla luce del **principio di primazia del diritto comunitario**³⁵, il giudice nazionale dovesse considerare la disposizione penale interna in contrasto con siffatta norma sovranazionale *tamquam non esset* e, conseguentemente, disapplicarla.

Sulla base di tali coordinate ermeneutiche, la giurisprudenza ha più volte negato l'integrazione del delitto di esercizio abusivo di una professione in capo a chi, pur in

³¹ Cfr. Conclusioni formulate dall'Avvocato Generale nella causa del 13 settembre 2005 riportate da HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2006, p. 967 ss.

³² G. GRASSO, *La competenza penale dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, (a cura di), G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA, Giuffrè, Milano, 2011.

³³ A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, n. 1.

³⁴ Si tratta di una norma che non disciplina direttamente la materia penale.

³⁵ Principio che si pone in linea con quello del *favor rei*.

possesto del titolo abilitativo conseguito in altro Stato membro, era sprovvisto del riconoscimento dello stesso da parte delle competenti Autorità amministrative italiane³⁶.

Più complessa risultava, invece, la questione relativa agli **effetti c.d. espansivi** (nel senso di espansivi delle libertà) del diritto comunitario, sussistenti nel caso in cui l'applicazione di norme europee dotate di efficacia immediatamente vincolante nel nostro ordinamento limitasse l'area del penalmente rilevante. Sede elettiva nella quale la materia è stata affrontata, attraverso un lungo e travagliato iter giurisprudenziale, è stata la questione relativa alla punibilità, *ex art. 4 IV bis co. legge n. 401/1989*, di chi, sfornito del titolo abilitativo richiesto nel nostro ordinamento³⁷, collaborasse con un *book-maker* straniero all'attività di gestione delle scommesse sportive.

Intervenuta già nel 1999, la Corte di Giustizia aveva precisato come la normativa italiana rappresentasse un ostacolo alla libera prestazione dei servizi, ostacolo giustificabile solo se necessario a perseguire scopi legati alla tutela dei consumatori ed alla protezione dell'ordine sociale³⁸.

Tale pronuncia non è stata, tuttavia, idonea a superare ogni dubbio interpretativo, tanto da rendere necessario, a distanza di pochi anni, un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo. Questa ultima, in particolare, con pronuncia del 6 novembre 2003, precisava come tale normativa italiana si ponesse in contrasto con il principio comunitario della libertà di stabilimento e di prestazione di servizi³⁹. Una siffatta limitazione, *ex art. 46 TCE*, risultava giustificabile solo in presenza di motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica, motivi tra i quali, per espressa indicazione della Corte di Giustizia, non potevano essere ricomprese ragioni di ordine fiscale⁴⁰.

Il persistente conflitto giurisprudenziale relativo alla sussistenza di tali requisiti ha reso, quindi, necessario l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione che, intervenute con sentenza 26 aprile 2004, n. 23271, hanno ritenuto la normativa interna compatibile con quella europea, precisando come la stessa fosse finalizzata ad esigenze di ordine pubblico e di prevenzione di infiltrazioni criminali in tali settori.

³⁶ Alcune pronunce, in particolare, sono giunte ad una piena assoluzione utilizzando la formula «perché il fatto non è previsto dalla legge come reato»; altra parte della giurisprudenza, invece, ha preferito la formula «perché il fatto non costituisce reato», ritenendo insussistente l'elemento soggettivo del reato; altre sentenze, invece, affermano l'esistenza, nel caso in esame, della scriminante di cui all'art. 51 c.p., ritenendo sussistente un diritto, da parte dei cittadini della UE, di esercitare la professione (per la quale hanno conseguito un titolo in uno dei Paesi membri) in tutta l'Unione europea.

³⁷ Il nostro ordinamento riserva, in particolare, lo svolgimento di tale attività ai titolari di un regolare titolo abilitativo art. 88 r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (T.U.L.P.S.) ed, a presidio di tale sistema concessorio/autorizzatorio, l'art. 4 IV *bis* co. legge n. 401/1989 (come modificato dalla legge 23 dicembre 2000, n. 388, art. 37 V co.) sanziona penalmente «*chiunque, privo di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi dell'art. 88 testo unico delle leggi di pubblica sicurezza approvato con R.D. 18 giugno 1931 n. 773 e successive modificazioni, svolga in Italia qualsiasi attività organizzata al fine di accettare o raccogliere o comunque favorire l'accettazione o in qualsiasi modo la raccolta, anche per via telefonica o telematica, di scommesse di qualsiasi genere da chiunque accettate in Italia o all'estero*».

³⁸ CGCE, 21 ottobre 1999, causa C-67/98, *Zenatti*.

³⁹ Artt. 43 e 49 TCE.

⁴⁰ La Corte di Giustizia, rinviava, quindi, al giudice nazionale la valutazione relativa alla sussistenza di tali requisiti.