



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Scuola di Dottorato in
Studi Giuridici Comparati ed Europei

Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXII ciclo

Tesi di Dottorato

**IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE
TRA ORDINAMENTO INTERNO
E ORDINAMENTO UE.
UN APPROCCIO INTEGRATO**

Relatore

Prof. Gaetano Insolera

Dottorando

Antonio Materia

anno accademico 2008-2009



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Scuola di Dottorato in
Studi Giuridici Comparati ed Europei

candidato: Antonio Materia

**IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE
TRA ORDINAMENTO INTERNO
E ORDINAMENTO UE.
UN APPROCCIO INTEGRATO.**

Relatore Prof. Gaetano Insolera

Anno Accademico 2008-2009

Curriculum di Diritto e Procedura Penale

XXII ciclo

Esame finale: 24/03/2010

Commissione esaminatrice:

Prof. Alessandro Bernardi, Università di Ferrara

Prof. Alberto Cadoppi, Università di Parma

Prof. Francesca Curi, Università di Bologna

Alla mia famiglia,
per avermi sostenuto sempre e ovunque.

In questi tre anni ho contratto molteplici e profondi debiti di stima e di riconoscenza e pertanto voglio ringraziare chi mi ha accompagnato in questa bellissima esperienza; in particolare, quanti abbiano contribuito sia a Trento che ad Utrecht e, in ogni caso, direttamente o indirettamente alla stesura della tesi, offrendomi vere possibilità di dialogo e di confronto.

INDICE

Abstract	p. 1
----------------	------

PARTE I

LA PROSPETTIVA INTERNAZIONALE

CAPITOLO PRIMO

L'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO NELLA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

1.0. La comunità internazionale ampiamente intesa.....	p. 5
1.1. Comunità degli Stati e ordinamento internazionale.....	p. 10
1.2. L'adesione italiana alla CEDU e la nozione di "materia penale" in Europa.	p. 12
1.3. L'adesione italiana all'odierna UE.	p. 19
1.4. La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento UE.....	p. 27
1.4.1. La posizione della Corte costituzionale italiana e la teoria dei "controlimiti"	p. 34

CAPITOLO SECONDO

L'ORDINAMENTO GIURIDICO COMUNITARIO. L'EUROPEIZZAZIONE DEGLI STRUMENTI DI ATTUAZIONE NAZIONALE DEL DIRITTO CE

2.0. Premessa	p. 37
2.1. L'ordinamento giuridico comunitario.....	p. 38
2.1.1. Il carattere integrato.....	p. 40
2.1.2. L'ampliamento delle competenze della Comunità.....	p. 42
2.1.2.1. Criterio ordinatore del quadro delle fonti.	p. 43
2.1.3. La preminenza del diritto CE.....	p. 44
2.2. Il principio di fedeltà comunitaria.....	p. 47
2.2.1. Principio di sincera cooperazione e obbligo per gli Stati membri di predisporre un regime di attuazione nazionale dei precetti CE comunitariamente conforme.	p. 48

2.2.2. Giudice nazionale e principio dell'interpretazione conforme.....	p. 52
2.2.3. Giustiziabilità dell'obbligo comunitario e procedura di infrazione.....	p. 53

CAPITOLO TERZO

LA COMPETENZA PUNITIVA INDIRETTA DELLA CE E L'EVENTUALE ARMONIZZAZIONE INDIRETTA E INCIDENTALI DEL DIRITTO PENALE NAZIONALE: L'EMERSIONE E IL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE NAZIONALE

3.0. La competenza punitiva indiretta della CE	p. 57
3.1. L'eventuale armonizzazione indiretta e incidentale del diritto penale nazionale, come conseguenza dell'emersione della competenza punitiva indiretta della CE.....	p. 63
3.1.1. L'armonizzazione negativa del diritto penale nazionale ed il diritto comunitario ad effetti riduttivi del penalmente rilevante	p. 67
3.1.2. L'indiretta armonizzazione positiva del diritto penale e il rispetto del principio di legalità penale nazionale.....	p. 73
3.1.2.1. Adempimento da parte del legislatore nazionale dell'obbligo comunitario di tutela adeguata e rispetto del principio di legalità penale nazionale.....	p. 76
3.1.2.2. Inadempimento originario dell'obbligo comunitario di tutela adeguata e rispetto del principio di legalità penale nazionale.....	p. 77
3.1.2.3. Inadempimento successivo dell'obbligo comunitario di tutela adeguata e rispetto del principio di legalità penale nazionale.....	p. 80

CAPITOLO QUARTO

IL SISTEMA SANZIONATORIO COMUNITARIO IMMEDIATO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO PUNITIVO

4.0. Il sistema sanzionatorio comunitario immediato di diritto
--

amministrativo punitivo: il sistema sanzionatorio accentrato e decentrato.....	p. 87
4.1. Il sistema sanzionatorio accentrato.....	p. 89
4.2. Il sistema sanzionatorio decentrato.....	p. 91
4.2.1. Il caso RFT c. Commissione del 1990.....	p. 92
4.2.2. Il regolamento n. 2988/95.....	p. 96
4.3. Conclusioni.....	p. 101

CAPITOLO QUINTO

IL DIRITTO PENALE IN EUROPA

5.0. L'assenza di una potestà penale di diritto comunitario e la cooperazione in materia penale.....	p. 103
5.1. La cooperazione di prima generazione.....	p. 105
5.2. Il Trattato di Maastricht.....	p. 107
5.3. Il Trattato di Amsterdam: lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia.....	p. 112
5.3.1. Gli obiettivi.....	p. 113
5.3.2. Il ruolo delle istituzioni.....	p. 115
5.3.3. Gli atti normativi di terzo pilastro.....	p. 117
5.3.4. Effetto diretto e decisioni quadro.....	p. 118
5.4. Conclusioni.....	p. 120

CAPITOLO SESTO

LA COMPETENZA PENALE COMUNITARIA

6.0. Premessa.....	p. 123
6.1. I conflitti legislativi tra Consiglio e Commissione.....	p. 125
6.1.1. Prima tipologia di conflitto legislativo.....	p. 126
6.1.2. Seconda tipologia di conflitto legislativo.....	p. 126
6.1.3. Terza tipologia di conflitto legislativo.....	p. 127
6.2. La differente qualità ed efficacia degli atti di primo e di terzo Pilastro.....	p. 127

6.3. Il ruolo della CGCE e la competenza normativa penale di primo Pilastro.....	p. 129
6.3.1. Il caso C- 176/03 CGCE.....	p. 131
6.3.2. Il caso C- 440/05 CGCE.....	p. 134
6.3.3. Conclusioni sulle sentenze del 2005 e del 2007 della CGCE.....	p. 137

CAPITOLO SETTIMO

L'ENTRATA IN VIGORE DEL TRATTATO DI LISBONA

7.1. Novità introdotte dal Trattato di Lisbona.....	p. 139
7.2. I profili di rilevanza penalistica.....	p. 141
7.2.1. L'abolizione del terzo Pilastro.....	p. 142
7.2.2. I retaggi del metodo intergovernativo.....	p. 143
7.2.3. La competenza penale concorrente.....	p. 145

CAPITOLO OTTAVO

I SISTEMI SANZIONATORI UE: IL SISTEMA IMMEDIATO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO PUNITIVO E IL SISTEMA MEDIATO DI DIRITTO PENALE

8.0. Premessa.....	p. 149
8.1. Il sistema sanzionatorio immediato di diritto amministrativo punitivo.....	p. 152
8.2. Il sistema sanzionatorio mediato di diritto penale.....	p. 153
8.2.1. Le "vecchie" fonti europee in materia penale.....	p. 155
8.2.2. Le attuali fonti europee in materia penale.....	p. 156
8.3 Conclusione.....	p. 157

CAPITOLO NONO

IL PRINCIPIO EURO-COSTITUZIONALE DI LEGALITÀ A FAVORE DEI CITTADINI EUROPEI NELLO SPAZIO COMUNE DI LIBERTÀ SICUREZZA E GIUSTIZIA

9.0. Premessa.....	p. 159
--------------------	--------

9.1. Il principio UE di riserva di legge.....	p. 165
9.2. Il principio UE di determinatezza.....	p. 170
9.3. Il principio UE di tassatività.....	p. 173
9.4. Il principio UE di irretroattività sfavorevole.....	p. 176
9.4.1. Il principio UE di retroattività favorevole.....	p. 181
9.5. Conclusioni.....	p. 182

PARTE II

LA PROSPETTIVA NAZIONALE

CAPITOLO DECIMO

IL PRINCIPIO EURO-COSTITUZIONALE DI LEGALITÀ DEI CITTADINI UE NELLO SPAZIO COMUNE DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA E L'INTEGRAZIONE CON LA LEGGE PENALE NAZIONALE

10.0. Premessa.....	p. 187
10.1. Sovranità nazionale in materia penale e libertà personale.....	p. 188
10.2. Il principio di legalità penale.....	p. 193
10.3. L'integrazione UE sulla fase della formazione della manifestazione legislativa.....	p. 199
10.3.1. Il piano formale dell'astratta titolarità di competenza penale.....	p. 200
10.3.2. Il piano sostanziale delle garanzie.....	p. 202
10.3.3. Il piano pratico.....	p. 207
10.4. Cenni riguardo al sistema immediato di diritto amministrativo punitivo.....	p. 209
10.5. L'integrazione UE sulla fase della formulazione dell'atto/fonte.....	p. 210
10.5.1. Il fenomeno della formulazione contrattata tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento UE.....	p. 213
10.6. L'integrazione UE sulla fase dell'interpretazione della legge penale nazionale.....	p. 217
10.6.1. L'interpretazione storicamente ragionevolmente prevedibile in senso giuridico.....	p. 222
10.6.2. L'interpretazione storicamente ragionevolmente prevedibile	

in senso socio-culturale	p. 225
10.7. L'integrazione UE sulla fase dell'applicazione della legge penale nel tempo.	p. 230
10.7.1. Premessa	p. 231
10.7.2. L'irretroattività sfavorevole e il diritto penale giurisprudenziale	p. 234
10.7.3. L'irretroattività sfavorevole e il diritto punitivo.	p. 241
10.7.4. Principio d'irretroattività delle pene.....	p. 243
10.8. Conclusione.....	p. 244
 Bibliografia.....	 p. 247

ABSTRACT

Questa tesi ha lo scopo di analizzare, dalla prospettiva penalistica, le possibili novità dell'adesione italiana all'odierna Unione Europea; più in particolare, le possibili influenze derivanti dall'adesione originaria ai trattati CECA, CEE ed EURATOM, oggi UE, sul principio di legalità penale nazionale e, quindi, da più ampia prospettiva sul rapporto tradizionale tra lo Stato e i suoi poteri statuali da un lato e i diritti e le libertà fondamentali dei cittadini dall'altro lato.

Il settore sanzionatorio e quello inerente alla tutela dei diritti fondamentali non sono più, infatti, settori d'esclusiva competenza statale. L'attuale UE è uno Spazio comune di Libertà, Sicurezza e Giustizia, in cui il cittadino italiano è titolare del nuovo *status* di cittadino europeo e da cui derivano nuove situazioni giuridiche soggettive tali da riscrivere i rapporti tra Stato e Cittadino, tra Autorità e Libertà.

Il problema non è stato certamente posto sul tappeto dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dal relativo riconoscimento di una competenza penale in capo all'ente sopranazionale UE; è piuttosto il prodotto di un processo pluridecennale e articolato in base al quale si sono progressivamente aperte le porte del diritto penale nazionale all'odierna UE.

In quest'ottica, nella presente tesi si è optato a favore di un'esposizione diacronica dell'integrazione europea (dai Trattati istitutivi all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) al fine di dimostrare che la lenta ma costante *integrazione* dell'ordinamento nazionale con quello dell'UE ha avuto l'effetto di rimaneggiare profondamente la portata del principio di legalità penale nazionale.

Le tradizionali fasi della *formazione, formulazione, interpretazione e applicazione* della legge penale non sono più espressione di mere prerogative statali, ma viceversa, vivendo in uno Spazio comune di Libertà, Sicurezza e Giustizia, si sono *integrate* con l'ente sopranazionale UE.

Il diritto (anche penale) è del resto un fenomeno sociale, espressione della società, che muta al cambiare della società.

PARTE PRIMA

LA PROSPETTIVA INTERNAZIONALE

CAPITOLO PRIMO

L'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO NELLA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

1.0 La comunità internazionale ampiamente intesa. – 1.1 Comunità degli Stati e ordinamento internazionale. – 1.2 L'adesione italiana alla CEDU e la nozione di “materia penale” in Europa. – 1.3 L'adesione italiana all'odierna UE. – 1.4. La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento UE. – 1.4.1. *La posizione della Corte costituzionale italiana e la teoria dei “controlimiti”*.

1.0. La comunità internazionale ampiamente intesa.

L'indagine muove da una semplice constatazione: la “comunità” a cui si è soliti rimandare nel descrivere le «situazioni giuridiche soggettive»¹ dei singoli non è più la mera comunità nazionale. I rapporti tra lo Stato e i suoi cittadini, infatti, non sono più caratterizzati da un rapporto in termini di «esclusività»², in quanto è un dato comune alla esperienza che oggi giorno la comunità non è più solo quella nazionale, ma è una comunità dagli orizzonti più ampi: la comunità internazionale ampiamente intesa.

Alla luce di questa constatazione dal sapore più o meno sociologico, già da tempo³ la dottrina costituzionalistica è consapevole che la comprensione dell'ordinamento costituzionale italiano e delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute ai cittadini è possibile solo se si è disposti a riconoscere che l'ordinamento interno, trascinando i confini nazionali,

¹ Sul punto, *ex plurimis*, v. R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, p. 475, i quali affermano che «Si parla generalmente di posizioni giuridiche soggettive sia per indicare le posizioni giuridiche attive o di vantaggio, quali le libertà o i diritti, che le situazioni giuridiche passive o di svantaggio, quali i doveri e gli obblighi, che la Costituzione disciplina».

² Così sostanzialmente C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, Padova, 1969, p. 92.

³ Sulla comprensione dell'ordinamento costituzionale alla luce del più ampio ordinamento internazionale ampiamente inteso v. G. DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale*, Padova, 1997, p. 23.

opera in modo stabile nella comunità internazionale ampiamente intesa.

In breve, l'ordinamento costituzionale non è più l'unico *dominus* delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute ai singoli cittadini nelle relazioni Stato/Cittadino e/o Autorità/Libertà; la relazione tra Stato e cittadino non è più impostata in termini di esclusività.

L'incontrovertibilità dell'inserimento dell'ordinamento costituzionale in questo più ampio contesto, del resto, è esplicitata dalla *neo*-formulazione dell'art. 117 della Costituzione, che ha infatti provveduto a riconoscere solennemente l'esistenza di «*vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e gli obblighi internazionali*» a cui è obbligato il legislatore nazionale e, quindi, l'interprete in sede di ricostruzione del vigente ordinamento costituzionale.

Sulla base di queste prime osservazioni, si comprende allora come un punto di osservazione prettamente nazionale, limitato cioè alla sola conoscenza del diritto nazionale, oltre a disconoscere la previsione costituzionale prevista all'art. 117, trascurerebbe due canali di collegamento ordinamentale (nazionale/internazionale ovvero nazionale/comunitario) che, come vedremo, sono idonei a incidere sulle “situazioni giuridiche soggettive” dei cittadini nazionali. Quello che si vuole affermare, quindi, è che se si intende ricostruire oggi giorno le situazioni giuridiche soggettive riconosciute al cittadino italiano nelle relazioni Costituzione/Cittadino Autorità/Libertà, è necessario riconoscere lo stabile collegamento esistente tra diversi livelli ordinamentali: internazionale, comunitario e nazionale. Una visione non meramente statale dell'ordinamento costituzionale appare quindi obbligata non solo in una prospettiva formale, in base all'art. 117 della Costituzione, ma anche in una prospettiva sostanziale, perché tra la base sociale – intesa come individuo – e la Costituzione vi è la presenza di imponenti “organizzazioni di vertice” – a carattere settoriale (CEDU e UE) – che, oggi più che mai, non si possono obliterare nel ricostruire la posizione del singolo rispetto allo Stato-apparato; oggi, infatti, il rapporto di esclusività che in passato aveva caratterizzato la relazione intercorrente tra lo Stato e il cittadino appare decostruito dall'istituzione dell'UE e della cittadinanza europea. Facendo un breve accenno a quanto si avrà modo di esporre in seguito, appare indubbio, infatti, che l'esclusività della relazione

tra Stato e cittadino è venuta meno: sia in base allo *status* di cittadino europeo (UE), che a quello di uomo in quanto tale (CEDU). Da questi due *status*, infatti, derivano per il cittadino italiano delle situazioni giuridiche soggettive nuove rispetto alla visione classica e piramidale del rapporto che lega il cittadino allo Stato nazionale.

Sembrerebbe, quindi, l'impostazione tradizionale della piramide di origine Kelseniana nella sua semplicità ad essere trasfigurata. Il dato, del resto, non appare del tutto nuovo: sempre più di frequente l'immagine che in dottrina si evoca per raffigurare l'ordinamento e le sue fonti del diritto è proprio quella della «rete»⁴, che ha il pregio di rendere visibili collegamenti tra diversi livelli delle fonti del diritto (internazionali, comunitarie e nazionali) che, non assumendo più valenza meramente nazionale e strettamente gerarchizzata, sono strutturati secondo la logica delle fonti concorrenti⁵.

Tentando di svolgere un bilancio provvisorio di quanto fin qui esposto, l'ordinamento costituzionale è sempre incentrato sulla Costituzione e sullo Stato che continua a rappresentare la fondamentale forma di potere sociale organizzato sul territorio e sulla comunità – ma una prospettiva d'indagine limitata alla conoscenza e al diritto nazionale *tout court*, non essendo più sufficiente ed idonea per un'effettiva comprensione dell'oggetto (*rectius*: dell'ordinamento costituzionale vigente), deve essere allargata tramite le ampie finestre che sono state consacrate dalla previsione del 117 della Costituzione, e quindi alla luce sia dell'ordinamento internazionale che dell'ordinamento comunitario. Lo sviluppo delle relazioni internazionali che ha caratterizzato l'ultimo cinquantennio, tramite l'adesione a Trattati internazionali (CEDU e CE/UE), ha infatti comportato un duplice ordine di conseguenze: sia l'evoluzione dell'ordinamento italiano, sia la sua integrazione con l'ordinamento internazionale ampiamente inteso.

⁴ Cfr. sul punto. A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 84; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 151.

⁵ Come nota G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2003, p. 191, «In moltissimi settori, perciò, la “piramide” dei pubblici poteri, come avvertiti dal cittadino, non si chiude ai vertici dello Stato...». Sul punto v. anche M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 151, il quale sul punto ritiene che «le gerarchie verticali sono attraversate da sovrastemi invasivi, non più paralleli».

Ciò premesso occorre segnalare che l'attuale composizione della comunità internazionale è piuttosto articolata, essendo essa composta non solo da Stati, ma anche da Unioni e organizzazioni internazionali che, lungi dall'aver avuto formazione spontanea, sono stati generati dalla comune volontà degli Stati per la soddisfazione di proprie e diverse esigenze comuni.

Alla luce di questo breve quadro è opportuno specificare fin da subito che in questa tesi si prenderà in esame il soggetto della comunità internazionale denominato CE/UE e, *solo in via mediata*, il soggetto della comunità internazionale denominato CEDU; in realtà, come si avrà modo di esplicitare meglio successivamente, il soggetto CE/UE garantisce la tutela delle libertà previste in ambito CEDU, ma ciò non toglie che questi siano due soggetti di diritto internazionali distinti e come tali riconducibili ad altrettanti modi di operatività col diritto interno che, proprio in quanto diversi, non possono essere accomunati. Del resto, nella prospettiva di indagine prescelta, ampliare la ricerca dal mero ordinamento interno all'ordinamento internazionale e comunitario è una scelta che riposa su una considerazione precisa: «Nella prospettiva del diritto penale e della politica criminale, due sistemi di istituzioni europee si configurano come luoghi privilegiati: le istituzioni comunitarie (Mercato unico) [*rectius*: CE/UE] e le istituzioni in materia di diritti dell'uomo del Consiglio di Europa [*rectius*: CEDU]»⁶: l'una preposta alla tutela dei diritti dell'uomo (*rectius*: CEDU)⁷; l'altra, invece, finalizzata all'integrazione tra diversi Stati europei⁸ (*rectius*:

⁶ Così M. DELMAS MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992, p. 85, secondo cui, inoltre, «La geografia non conosce che un'Europa, ma il diritto ne consacra tante quante sono le istituzioni che raggruppano questi o quei paesi [...]». Sul punto v. anche le osservazioni di M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 156, secondo cui «sono almeno tre i livelli delle nuove politiche e quindi delle nuove "fonti": Stato, Unione Europea, organizzazioni (e giurisdizioni) internazionali».

⁷ La Convenzione di salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali è stata elaborata nell'ambito del Consiglio d'Europa ed è entrata in vigore nel settembre del 1953. Il testo della Convenzione e le sentenze della sua Corte sono reperibili sul sito ufficiale della Corte EDU che è http://www.coe.int/T/I/Corte_europea_dei_Diritti_dell%27Uomo/; per approfondimenti v. P.V. DIJK-F.V. HOOF-A.V. RIJN-L. ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford, 2006; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.

⁸ Sul punto v. P. CRAIG-G. DE BURCA, *Eu law. Text, cases and materials*, Oxford, 2007; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2004; P. MENGZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2003.

CE/UE) e che con il passare del tempo ha ampliato sia il novero delle proprie aree di competenza, sia il numero degli Stati Membri.

Tuttavia prima di trattare questo aspetto, s'impone una breve nota introduttiva finalizzata a chiarire quale sia il regime di "co-esistenza territoriale" dei predetti soggetti di diritto internazionale (CEDU e CE/UE); ciò in particolare nella prospettiva d'indagine prescelta e cioè quella del principio di legalità penale tra ordinamento interno e ordinamento UE.

Le adesioni nazionali a questi due differenti soggetti di diritto internazionale sono infatti di particolare interesse poiché su un territorio (*rectius*: continente europeo) a base parzialmente condivisa da più Stati sovrani, si sono implementati, per volontà politiche degli stessi Stati, dei sovra-sistemi di carattere l'uno intergovernativo (CEDU) e l'altro, invece, in una prima fase (precedente alla creazione dell'UE nel 1993) solo sopranazionale (I Pilastro), poi (successivamente alla creazione dell'UE) sia sopranazionale (I Pilastro/CE) che intergovernativo (III Pilastro/UE) e infine, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dell'abolizione dei Pilastri, solamente sopranazionale.

Pur rinviando al prosieguo l'approfondimento della distinzione tra le diverse *species* di soggetti di diritto internazionale, a seconda che questi operino come soggetti a vocazione sopranazionale/comunitaria ovvero intergovernativa/internazionale, ciò che preme mettere in luce è che, *sia la CEDU che l'UE, anche se in diversa prospettiva, hanno inciso ed incidono notevolmente sulla portata delle garanzie contenutistiche riconosciute dal principio di legalità penale nazionale*. Da un lato, infatti, il sistema di tutela istituito dalla CEDU individua ed enuclea dei requisiti europei *standards* del principio di legalità penale, sia in base alla Convenzione EDU, che alla giurisprudenza maturata dalla sua Corte⁹; dall'altro lato, invece, – in origine, la CE, oggi, – l'UE riguarda il prisma della legalità penale in una duplice modo: sia nella veste politica (*rectius*: dalla prospettiva della sovranità nazionale¹⁰) che in quella giuridica (*rectius*: da un punto di

⁹ Sul punto cfr su tutti A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art.7)*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 256.

¹⁰ Sul rapporto tra sovranità nazionale e organizzazione sopranazionale UE cfr. R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, p. 19.

osservazione prettamente penalistico e riguardante, quindi, i corollari del principio di legalità penale¹¹).

Come si avrà modo di verificare nel prosieguo dell'esposizione, entrambi hanno avuto un "effetto destabilizzante" sulle coordinate e del giurista domestico tradizionale che, in ipotesi, voglia ricostruire gli odierni corollari del principio di legalità penale nazionale; com'è stato notato, infatti, questi ultimi non sono insensibili o neutrali al passaggio del tempo, rivelando piuttosto «un diverso grado di adattabilità e di resistenza all'urto dei mutamenti storici»¹².

In questo modo, già in base ad una prognosi *ex ante*, le elaborazioni dottrinali maturate con riferimento ai corollari del principio di legalità penale sembrerebbero anacronistiche.

Sul piano del principio di legalità penale, infatti, la collocazione dell'ordinamento costituzionale nazionale nel più ampio ordinamento europeo ampiamente inteso (CEDU e UE), rappresenta un passaggio "epocale", sostanzialmente analogo all'entrata in vigore della Carta Costituzionale (1948) dopo l'introduzione del Codice penale (1930).

1.1. Comunità degli Stati e ordinamento internazionale.

Com'è noto, gli Stati nel loro complesso formano la c.d. comunità internazionale, che a sua volta dà vita all'ordinamento internazionale.

L'ordinamento internazionale è quindi composto da una serie di regole che, contrariamente agli ordinamenti nazionali, non si rivolgono agli individui ma solo agli Stati; questi ultimi sono i soggetti per antonomasia dell'ordinamento internazionale perché in «nessun caso sono soggetti di diritto internazionale le persone fisiche, cioè i singoli individui»¹³. A questa

¹¹ A riguardo, da ultimo, v. A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 37 e ss.

¹² In tal senso F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli-Roma, 2006, p. 51. Sul punto v., inoltre, G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto discipline penalistiche*, vol. VII, Torino, 1994, p. 278 e ss.

¹³ Così G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2003, p. 124, anche se, in realtà, questa tesi non sembra attualissima dato che dal secondo dopoguerra i diritti umani

fondamentale peculiarità dell'ordinamento internazionale rispetto agli ordinamenti degli Stati se ne aggiungono altre di non minore rilievo: «Mentre infatti negli ordinamenti interni esistono *concentrati* nello Stato *autorità e poteri*, ai quali ciascun soggetto è *sottoposto*, nell'ordinamento internazionale non esistono autorità *organizzate e concentrate*: non esiste un governo, né un Parlamento che legiferi per tutti, né giudici che risolvano in modo vincolante le controversie, né forza pubblica che ne faccia eseguire coattivamente le decisioni. L'ordinamento internazionale si presenta, in altre parole, come un ordinamento paritario, nel quale manca una distinzione tra autorità governanti e soggetti governati»¹⁴.

È facile comprendere, allora, l'ampio margine di autonomia di cui godono gli Stati all'interno della comunità degli Stati e dell'ordinamento internazionale¹⁵. Procedendo per grandi linee, possiamo quindi affermare che gli obblighi internazionali godono di una scarsa giustiziabilità perché «un obbligo sarà tanto più giuridicamente obbligatorio quanto più il sistema in cui agisce prevede la possibilità di invalidarne gli inadempimenti»¹⁶.

Rispetto a tali tratti caratteristici dell'ordinamento internazionale, l'ordinamento sopranazionale si atteggia come profondamente diverso poiché – come meglio si vedrà oltre e qui limitandosi a una mera e sommaria anticipazione al fine di meglio comprendere le differenze dell'attuale UE rispetto alla comunità e al diritto internazionale – «al livello comunitario [seppur esistono competenze e istituzioni proprie di tale ordinamento] non esiste un “potere costituente”, ma solo specifici “poteri costituiti” di comune accordo dai singoli Stati sovrani»; l'espansione e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario, nell'avvicinarsi dei Trattati a partire da quelli istitutivi, è infatti subordinata alla realizzazione di nuovi

sono stati al centro di un dibattito filosofico, giuridico e politico che ne ha “destatualizzato” l'importanza: in argomento v. P. COSTA, voce *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, Tomo 2, Milano, 2008, p. 365. Sul punto v. anche A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 55.

¹⁴ G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2003, p. 124.

¹⁵ Al riguardo, infatti, la dottrina ritiene che «la situazione assomiglia un poco a quella di un gruppo di persone che giochino a calcio senza arbitro», G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2003, p. 125.

¹⁶ C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela penale?*, in C. RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale. Atti delle sessioni di studio tenutosi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006*, Milano, 2007, p. 196.

accordi internazionali tra Stati.

1.2. L'adesione italiana alla CEDU e la nozione di "materia penale" in Europa.

All'indomani dell'adesione del sistema giuridico italiano al sistema di tutela dei diritti dell'uomo istituito con la CEDU non si poteva avere contezza, così come capitato ad altri giuristi europei¹⁷, degli effetti che questa avrebbe prodotto sul sistema di giustizia penale nazionale. Oggi invece è di tutta evidenza l'erroneità di quella posizione, soprattutto se riferita al segmento della legge penale disciplinante il processo penale; da diversa angolazione, e quindi dalla prospettiva della generale opera di internazionalizzazione dei diritti dell'uomo svolta all'ombra della CEDU, è possibile già da adesso anticipare che la CEDU ha realizzato un sistema di giustizia europea che, *ex se*, trascende i singoli ordinamenti nazionali. Un novero di norme uniformi per gli Stati aderenti alla CEDU, tutti i membri dell'UE, individuate dalla Corte EDU alla luce della CEDU, spiega infatti effetti inibitori e di stimolo per gli Stati firmatari¹⁸; crea, cioè, un primo nucleo di diritto comune europeo che oltrepassa la singola dimensione nazionale poiché si interessa ad esigenze, principi e valori di civiltà trascendenti la singola dimensione nazionale. Sembra quindi doversi leggere in questa ottica l'art. 6 del TUE, il cui secondo comma stabilisce che «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

Sempre in sede di premessa, giova inoltre precisare che in ambito europeo il significato della locuzione «diritto penale» prescinde dalle diverse tradizioni giuridiche nazionali; esso è piuttosto rinvenuto grazie ad alcuni parametri enucleati nel tempo dalla Corte EDU, – ma condivisi anche dalla CGCE e, quindi, riconosciuti in ambito CE/UE – al precipuo fine di

¹⁷ Sul punto v. C.H. BRANTS, *Procedural safeguards in the European Union: too little, too late?* in J.A.E. VERVAELE (a cura di), *European Evidence Warrant*, Antwerpen-Oxford, 2005, p. 103.

¹⁸ Cfr. M. DELMAS MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992, p. 266.

evitare che i singoli Stati aderenti, tramite l'elusione di cui alla c.d. "frode delle etichette", potessero aggirare le garanzie riconosciute dalla Convenzione e dalla Corte EDU, sia nei riguardi dei sistemi di giustizia penale nazionali, che dei loro destinatari¹⁹.

Orbene, la Convenzione EDU dedica diverse disposizioni al sistema penale: innanzitutto l'art. 5, che proclama la regola generale secondo cui nessuno può essere privato della libertà personale; l'art. 6, che attiene al diritto processuale ed è rubricato «*Diritto ad un equo processo*»²⁰; l'art. 7, che attiene al diritto sostanziale ed è rubricato «*Nessuna pena senza legge*»²¹. Tuttavia, pur facendo espresso riferimento alle nozioni di «reato», «pena», «materia penale» e «condanna penale», garantendo *come* debbano essere tutelati gli individui, né la Convenzione né i suoi protocolli offrono una definizione di che *cosa* debba essere sottoposto a tutela²².

¹⁹ Sul punto v. A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art.7)*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 249; C.E. PALIERO, «*Materia penale*» e *illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica e una svolta radicale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1985, p. 894 e ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 56 e ss; G. DE VERO-G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, p. 11 e ss.; P. V. DIJK-F. V. HOOF-A. V. RUIJN-L. ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford, 2006, p. 651 e ss.

²⁰ «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. In particolare, ogni accusato ha diritto di: essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia».

²¹ «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che al momento in cui fu commessa non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non può del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato fu commesso. Il presente articolo non ostacolerà il rinvio a giudizio e la condanna di una persona colpevole d'una azione o d'una omissione che, al momento in cui fu commessa, era criminale secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

²² Sul punto cfr. G. DE VERO-G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle*

A tale mancanza ha supplito l'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU la quale – superando e rompendo le tradizioni nazionali, agganciate a definizioni formali o nominalistiche sulla falsariga, ad esempio, degli artt. 17 e 39 c.p. previsti dall'ordinamento italiano –, ha creato autonome definizioni convenzionali di tali concetti e, più nello specifico, di che cosa in realtà debba essere assoggettato alle garanzie convenzionali. Detto in altri termini, ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dagli artt. 6 e 7 della CEDU, la Corte EDU ha elaborato dei concetti autonomi per quanto riguarda sia il versante processuale che quello sostanziale del diritto penale; la Corte EDU, quindi, ha provveduto autonomamente a definire l'ambito di applicazione delle proprie regole.

Restringendo da adesso l'attenzione sul concetto autonomo di illecito “penale” rinvenuto in ambito convenzionale, è necessario fare subito presente che questa nozione è completamente divergente rispetto alla nostra tradizione nazionale; in ambito CEDU, infatti, si prescinde dall'aspetto formale e procedimentale che è invece ritenuto fondamentale sul piano del diritto interno nel conferire ad una norma la qualifica di reato tramite l'imprescindibile collegamento con la “legge”; in breve, il principio del «Nessuna pena senza legge» previsto all'art. 7 della CEDU – a dispetto della rubrica, che però come è noto “*non facit ius*” – prescinde dal corollario della riserva di legge (nazionale e tendenzialmente assoluta).

Ed invero, la nozione CEDU rilevante di reato non è vincolata a quella individuata dall'ordinamento nazionale di riferimento ed anzi ne prescinde del tutto. La Corte EDU e la CEDU, infatti, hanno elaborato un sistema di giustizia penale che in realtà non è corretto chiamare propriamente penale, dato che ciò che soggiace alle garanzie penali previste dalla Corte e della CEDU, secondo la terminologia del giurista nazionale, è più ampiamente riconducibile a tutta la materia punitiva; le norme convenzionali non sono quindi subordinate né alla legge penale nazionale né alle previsioni di cui agli artt. 17 e 39 c.p. Ne consegue che ai fini della applicazione della CEDU e delle garanzie di cui al «Nessuna pena senza

Corti europee, Milano, 2007, p. 11 e ss.; A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art.7)*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 256.

legge» non è necessario il riferimento ad una legge parlamentare, potendo la «legge» essere non scritta o promanare da eventuali altre fonti. Questo dato, del resto, si spiega in ragione della circostanza che la Corte EDU, dovendo mediare l'effettività delle proprie garanzie tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*, riconosce pacificamente il ruolo della giurisprudenza quale fonte del diritto: la stessa Corte EDU al riguardo afferma che «per quanto chiaro sia il testo di una disposizione legale, in qualunque sistema, compreso il sistema penale, esiste immancabilmente un elemento di interpretazione giudiziale. [Secondo la Corte EDU, infatti,] Sarà sempre necessario chiarire punti dubbi o adattarsi ai cambiamenti di situazione»²³.

Chiarito questo profilo, sembra più agevole comprendere perché, nella prospettiva della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo, «le indicazioni che il diritto interno dello Stato convenuto fornisce hanno solo un valore relativo»²⁴; nella prospettiva convenzionale, infatti, ciò che assume importanza assorbente ai fini dell'applicazione della CEDU e delle sue garanzie è l'aspetto giuridico sostanziale dell'illecito, mentre è priva di valore decisivo la qualifica formale nazionale.

Orbene, per stabilire se un precetto e una sanzione nazionale siano assoggettabili alle garanzie CEDU, la Corte – secondo il proprio autonomo punto di vista rivolto alla sostanza dell'incriminazione –, ha elaborato dei criteri tra loro alternativi: il primo si fonda sulla qualificazione giuridico-formale nazionale, come quella, quanto all'ordinamento italiano di cui agli art. 17 e 39 c.p.

Laddove, invece, non sia possibile usufruire di tale criterio di identificazione, la Corte ha elaborato altri due criteri riferendosi alla natura intrinseca dell'illecito (condotta sanzionata, struttura della norma sanzionatoria e analisi comparata della norma stessa) ovvero alla gravità della sanzione (carattere tipologico della sanzione stessa, *quantum* sanzionatorio e scopi preventivi o repressivi della sanzione)²⁵.

²³ Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. Regno Unito*.

²⁴ Corte EDU, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*, Raccolta, 1998, par. 57, richiamata da.; A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art.7)*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 257.

²⁵ Utilizza queste classificazioni, a cui si rimanda per approfondimenti sul punto, A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art.7)*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI

Nella prospettiva della Corte EDU, dunque, ciò che è veramente essenziale ai fini della qualificazione di una legge (*rectius*: illecito) come penale «è [sia] la natura punitiva (e non risarcitoria o restitutoria), [sia] la gravità della sanzione (particolarmente la privazione della libertà e la sanzione pecuniaria), diretta a fini preventivi e repressivi»²⁶.

Svolta queste breve ricognizione dei parametri CEDU per verificare l'effettiva natura di una norma nazionale in funzione del riconoscimento delle garanzie da essa tutelate, occorre evidenziare, un dato che, anche se già accennato, appare meritare ulteriore attenzione: applicando i parametri CEDU, ciò che è considerato penale secondo il diritto interno è considerato tale anche a livello europeo (CEDU/EU), ma, visto che, come spiegato, non è vera l'ipotesi inversa – le garanzie CEDU non si applicano al solo diritto penale nazionale –, sarebbe più corretto affermare che sul territorio europeo sono considerati penali i precetti e le sanzioni che abbiano fini preventivi e repressivi e che, quindi, abbiano natura punitiva. Se questa premessa è vera, è allora corretto affermare che l'art. 7 della CEDU non si limita a disciplinare un ristretto principio di legalità penale, ma un ben più esteso principio di legalità punitiva. Le garanzie riconosciute al livello convenzionale, infatti, non derivano dalla natura penale dell'illecito sul piano nazionale, ma dal carattere punitivo riconosciuto secondo autonomi parametri di matrice convenzionale.

Peraltro, tale ambito applicativo dell'art. 7 CEDU, centrato sulla dimensione sostanziale dell'illecito nazionale comporta un duplice ordine di conseguenze entrambe di natura garantista: *in primis*, un positivo ampliamento delle garanzie per i settori dai confini controversi o, comunque, limitrofi rispetto a quelli del diritto e della sanzione penale; *in*

(a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 250; per una prospettiva più ampia e, quindi, «rivolta all'individuazione degli indici sintomatici che consentono di qualificare un procedimento e una sanzione in termini di accusa penale e di sanzione penale, pur in assenza di una omologa qualificazione nel sistema nazionale» v. V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, dattiloscritto delle lezioni tenute per il corso di diritto penale comparato della Facoltà di giurisprudenza della Università degli Studi di Bologna nel mese di aprile 2008, p. 11.

²⁶ Così V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, dattiloscritto delle lezioni tenute per il corso di diritto penale comparato della Facoltà di giurisprudenza della Università degli Studi di Bologna nel mese di aprile 2008, p. 11.

secundis, l'avvicinamento dei sistemi giuridici europei, sia di *civil law* che di *common law*.

Ricapitolando, quindi, non appare superfluo fare presente che le garanzie CEDU – una volta identificato il diritto punitivo come un unico *genus* punitivo/repressivo, all'interno del quale possono rinvenirsi diverse *species* (danno punitivo, sanzione punitiva amministrativa e sanzione penale), tutte assoggettate, però, alle medesime garanzie – riconosciute valide per tutti i «cittadini» dell'UE in base al menzionato art. 6 TUE, oltre ad evidenziare una sovrapposizione di diversi regimi di protezione dei diritti, individuano un nucleo minimo di garanzie comuni a tutti i cittadini UE. Sempre in questo senso, e in conformità all'art. 6 del TUE, la CEDU e la sua Corte, come avremo modo di vedere successivamente, sembrerebbero concorrere nel delineare la portata del principio di legalità punitiva quale principio di portata euro-costituzionale nel territorio UE.

In aggiunta a queste prime osservazioni sulla portata dell'art. 7 della CEDU e, conseguentemente, sul principio europeo di legalità punitiva, – nonostante si versi ancora in sede di premessa e, pertanto, in una sede non consona a sviscerare il contenuto del principio di «nessuna pena senza legge» ex art. 7 CEDU –, appare opportuna una breve anticipazione, pur sempre di carattere introduttivo, sul valore intrinseco della disposizione citata quale estrinsecazione di un *diritto e libertà fondamentale dell'Uomo*.

La CEDU infatti, agli occhi del giurista domestico, spesso non aduso a ragionare in termini di “rete”, ha il precipuo merito di valorizzare una dimensione della legalità penale che, invece, è andata dissolvendosi nella dimensione meramente nazionale; quello che si vuol dire, in altri termini, è che la lente del giurista di stampo tradizionale con cui si è soliti leggere il principio di legalità penale nazionale sembra avere appannato il valore stesso della legalità penale. Ed invero, all'interno dei confini nazionali il principio di legalità penale è oggi rivolto più al controllo e al rispetto dei singoli poteri che all'individuo in quanto tale e in funzione di precipua garanzia di questi a fronte dei pubblici poteri.

CEDU, infatti, è acronimo di *Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*: quello che, quindi, nazionalmente siamo adusi identificare come principio di legalità penale è

in realtà e prima ancora, un *diritto* e una *libertà* fondamentale dell'uomo in quanto tale. In quest'ottica, dunque, si può affermare che l'art. 7 citato riconosce agli *individui* presenti sul territorio degli Stati aderenti il diritto e la libertà alla legalità penale; esso «non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale a detrimento dell'imputato. Consacra altresì, in modo più generale, il principio di legalità in ordine ai delitti e alle pene, e quello che *impone* di non applicare estensivamente o analogicamente la legge penale a detrimento dell'imputato: ne deriva che un illecito deve essere definito dalla legge in modo chiaro»²⁷.

Può allora sin d'ora affermarsi – sia in base al dato positivo che in base al valore garantista delle previsioni CEDU – che *l'art. 7 citato non deve essere letto solo in veste di principio penalistico fondamentale, ma come norma che crea una situazione giuridica soggettiva, attiva o di vantaggio, nella misura in cui garantisce all'uomo l'inviolabilità di un proprio diritto fondamentale: da un lato la libertà, in senso negativo di non costrizione, tale per cui lo Stato deve riconoscere agli individui che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato; dall'altro lato, invece, il diritto, in senso positivo di pretesa, di rivendicazione, a fronte della sanzione punitiva, del rispetto delle garanzie di cui all'art. 7 della CEDU come garanzia alla libera autodeterminazione individuale.*

Su questo punto si avrà modo di tornare più approfonditamente nel prosieguo; quanto fin qui esposto, però, appare già confermare la correttezza del tentativo di comprendere l'ordinamento costituzionale nel più ampio contesto di cui alla comunità e all'ordinamento internazionale ampiamente inteso: la CEDU e la giurisprudenza prodotta dalla sua Corte, ottenuta piena visibilità costituzionale delle garanzie dalle stesse riconosciute con la previsione del nuovo art. 117 Cost., oltre ad avere l'effetto di “aggiornare” il significato delle disposizioni costituzionali sul novero e sull'oggetto dei diritti, lasciano una traccia evidente nella giurisprudenza della Corte

²⁷ Corte EDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis C. Grecia*, richiamata da A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art.7)*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 250.

costituzionale²⁸. Quest'ultima, infatti, nei *leading case* di cui alle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 – con cui «ha affrontato per la prima volta espressamente la delicata questione dei rapporti tra legislazione nazionale e obblighi internazionali alla luce delle modifiche apportate all'art. 117, comma primo, Cost. dalla legge cost. n. 3 del 2001»²⁹ – ha affermato che, in base all'art. 117 della Costituzione i trattati internazionali, esclusi quelli di matrice CE o UE, fungono da limite per la legislazione ordinaria e pertanto, in sede di giudizi di conformità delle leggi alla Costituzione, equivalgono a “parametri interposti” nel sindacato di costituzionalità. Orbene, questo principio, che nella prospettiva della Corte costituzionale è valido per tutta la normativa internazionalistica, presenta una peculiarità con riguardo alla CEDU: in base alle due sentenze della Consulta prima menzionate le «particolarità della CEDU rispetto agli altri Trattati (non comunitari) consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti sono vincolati ad uniformarsi, salvo che essa non contrasti con la Costituzione italiana. Ma i giudici non possono mai disapplicare le leggi italiane contrastanti con la CEDU o con gli altri Trattati internazionali (con eccezione, ancora, per i Trattati comunitari)»³⁰.

1.3. L'adesione italiana all'odierna UE.

L'adesione italiana alla odierna UE è certamente di più difficile trattazione rispetto all'adesione alla CEDU prima accennata dato che il sistema giuridico UE appare strutturalmente più complesso di quello delineato dalla CEDU; l'UE infatti, pur rientrando nella comunità internazionale ampiamente intesa, è il risultato di un processo pluridecennale, stratificato e complesso, unico nel suo genere.

Adottando una linea espositiva di tipo diacronico, la genesi

²⁸ Sul punto v. R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, p. 490. Guarda ad esempio le sentenze della Corte Costituzionale n. 393 e n. 394 del 2006 con riferimento al rango della retroattività favorevole nell'ordinamento italiano.

²⁹ Così T. GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e “controlimiti allargati”*: *che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?* in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2007/00_03_giupponi_nota_348_349_2007.pdf, 2007, p. 1

³⁰ R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, p. 490 e p. 491.

dell'odierna UE, in senso ampio e atecnico³¹, è da rinvenire nella stipulazione dei Trattati istitutivi della CECA, della CEE e dell'EURATOM³².

Con questi tre Trattati, gli Stati membri decisero di creare tra loro un'integrazione di carattere economico³³. In realtà però, secondo parte della dottrina, sin dall'origine, il fine ultimo dell'istituzione dei Trattati non sarebbe stato propriamente economico: «si trattava, infatti, dopo due guerre mondiali, di aggirare gli Stati, facendo prevalere la ragione economica su quella statale. Questa “astuzia” storica ha fatto credere a lungo che la Comunità esaurisse i suoi scopi nell'economia e che essa fosse un potere pubblico “liberista”. In realtà, gli scopi della costruzione europea sono stati, fin dall'inizio, politici, essendo orientati verso l'istituzione di un potere politico generale. [...] Il posto fondamentale assegnato al mercato non è in funzione di una politica liberista, bensì alla “decostruzione” delle barriere statali»³⁴.

Ferma tale considerazione – certamente rispettabile, ma tendenzialmente più o meno condivisibile a seconda delle proprie propensioni, “euro-scettiche” ovvero “euro-euforiche” – la fondazione dell'UE in senso stretto e tecnico si colloca invece nel 1993 e nel 1999 e,

³¹ Da un punto di vista formale questa data, invece, è fatta coincidere con la dichiarazione “Schuman” cfr., ad esempio, L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2004, p. 7; P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2003, p. 1-2. Il testo della Dichiarazione è reperibile sul sito www.robert-schuman.org

³² Per ripercorrere lo sviluppo della Comunità dalla prospettiva dei Trattati v. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 3.

³³ Cfr. sul punto B. NASIMBENE-C. SANNA, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 47.

³⁴ S. CASSESE, *La Costituzione economica europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, p. 909, dove l'A., inoltre, afferma che «Le costituzioni economiche dei quindici paesi che ora compongono l'Unione europea, alla metà del XX secolo, erano caratterizzate da rigide barriere doganali, che rendevano i mercati quasi esclusivamente nazionali, da pianificazioni più o meno flessibili, da larghi settori pubblici industriali, dalla gestione pubblica dei servizi pubblici e da monete e politiche monetarie strettamente nazionali. Quei paesi ora fanno parte di un solo mercato, senza frontiere economiche; le loro politiche economiche debbono realizzare gli obiettivi della Comunità; hanno in larghissima misura privatizzato le imprese pubbliche e liberalizzato i servizi pubblici; hanno una sola moneta e una sola politica monetaria [...] Secondo una recente valutazione, più dei due terzi del diritto pubblico dell'economia di ogni singolo Stato facente parte dell'unione Europea proviene dall'Unione». Per una prospettiva storica del fenomeno della regolazione dei mercati divisa per fasi, – 1) regolazioni tradizionali volte a realizzare equilibri monopolistici o corporativi 2) regolazioni volte a realizzare il “governo democratico dell'economia” 3) l'attuale fase delle regolazioni volte a liberalizzare settori tradizionalmente monopolistici – v. M. LIBERTINI, *Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, p. 802 e ss.

cioè, con l'entrata in vigore rispettivamente dei Trattati di Maastricht e di Amsterdam.

Nel 1993 e nel 1999 si è infatti provveduto alla creazione di un più ampio ente sopranazionale che, se da un lato si è eretto sulle tre Comunità di cui sopra, dall'altro lato, con l'istituzione del secondo e del terzo Pilastro, ha trasfigurato notevolmente le competenze e le prerogative originarie.

Più in particolare nel 1993 a Maastricht si è provveduto alla creazione dello *status* di «cittadino europeo» dal quale derivano, per i cittadini degli Stati membri, sia diritti che obblighi. Come afferma l'art. 17 del TCE, infatti, «I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti dal presente Trattato»; e a tal riguardo è interessante segnalare come la dottrina costituzionalistica segnali la transizione all'istituzione dell'UE evidenziando il passaggio «dall'Europa dei mercati all'Europa dei diritti»³⁵.

Successivamente, nel 1999 ad Amsterdam, le competenze e le prerogative originarie sono tramutate da un'integrazione a carattere economico (CECA-CEE-EURATOM) all'istituzione di un ben più ampio e ambizioso Spazio di Libertà, di Sicurezza e di Giustizia (SLSG). Nell'arco di poco più di cinque anni, quindi, le originarie comunità hanno “cambiato pelle” perchè hanno riconosciuto sia la cittadinanza europea che uno territorio europeo (SLSG).

A seguito di questi cambiamenti, davvero epocali, nell'economia del discorso che qui si intende sviluppare dalla prospettiva nazionale italiana, l'UE è divenuta competente in tre macroaree efficacemente raffigurate per il tramite della metafora del tempio greco³⁶. Secondo questa architettura disegnata con i Trattati di Maastricht e di Amsterdam, dunque, l'ente sopranazionale UE si è istituito su tre pilastri – accomunati dal “Preambolo” del Trattato dell'UE e dalla “Disposizioni comuni” – di cui il primo disciplinante il “diritto comunitario” *tout court* e che racchiudeva in sé le tre precedenti Comunità (CECA, CE e EURATOM); il secondo riguardante la “politica estera e di sicurezza comune” (PESC); infine, ma certamente qui

³⁵ Così R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, p. 21.

³⁶ Cfr. G. BARRETT, *Cooperation in Justice and Home Affairs in the European Union – An Overview and a Critique*, in G. BARRETT (a cura di), *Justice Cooperation in the European Union*, Dublin, 1997, p. 11.

non per importanza, il terzo pilastro disciplinante il diritto penale³⁷ (GAI).

Utilizzando l'istituzione dell'UE e la sua struttura a Pilastri come momento di cesura concettuale, si propone la distinzione – in realtà molto labile ed evanescente – tra due differenti stagioni del “diritto penale europeo”³⁸: la prima, *pre-1993*, denominata di *euuropeizzazione degli strumenti nazionali di attuazione del diritto CE*, in cui il diritto penale degli Stati membri è stato interessato in modo indiretto, incidentale ed eventuale; la seconda invece, *post-1993*, denominata di *euuropeizzazione del diritto penale*, in cui questo ha rappresentato l'oggetto primario dell'azione dell'ente sopranazionale, divenendo “la prima scelta” dell'agire sopranazionale.

La distinzione adesso proposta, quindi, è incentrata sull'assenza o meno di strumenti per regolamentare in via espressa la materia penalistica e il diritto penale degli Stati membri.

Orbene, in via assolutamente preliminare, occorre precisare, inoltre che, anche se è vero che è nel 1993 che gli Stati, tramite la creazione del terzo Pilastro, hanno provveduto a dotarsi di una disciplina per regolamentare la materia penale, tuttavia già precedentemente al Trattato di Maastricht del 1993 il diritto penale, pur non essendo menzionato espressamente dai Trattati istitutivi delle tre comunità originarie³⁹, era stato

³⁷ In realtà, il terzo Pilastro non ha riguardato solo il diritto penale, ma una serie di questioni (quali per esempio la cooperazione giudiziaria e la cooperazione tra autorità di polizia) afferenti la Giustizia e gli Affari Interni (GAI). Sul punto, in una prospettiva diacronica, v. J.A.E. VERVAELE, *L'applicazione del diritto comunitario: la separazione dei beni tra il primo e il terzo Pilastro?*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1996, p. 507; R. SICURELLA R., *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, p. 1307; A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo Pilastro UE nella euuropeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia di riforma dei Trattati*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, p. 1157.

³⁸ Sul diritto penale europeo v. F. SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. IV, Torino, 1990, p. 89; A. BERNARDI, *I tre volti del “diritto penale comunitario”*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, p. 81; G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007; G. CORSTENS-J. PRADEL, *European criminal law*, The Hague, 2002; M. FLETCHER-R. LOOF-B. GILMORE, *Eu criminal law and justice*, Cheltenham, 2008; V. MITSILEGAS, *Eu criminal law*, Oxford and Portland, Oregon, 2009; A. KLIP, *European Criminal Law: An Integrative Approach*, Antwerpen-Oxford, 2009.

³⁹ G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, p. 45; U. SIEBER, *Unificazione europea e diritto penale europeo*, in *Rivista trimestrale diritto penale dell'economia*, 1991, p. 976; K. TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993, p. 209.

egualmente interessato, in modo «indiretto e incidentale»⁴⁰, dal processo di integrazione comunitaria. Ciò posto, nella c.d. prima stagione del diritto penale europeo il diritto penale, – pur rimanendo estraneo al diritto comunitario sul piano dei Trattati, in assenza di una competenza penale diretta ed espressa della Comunità in tale settore del diritto⁴¹ –, è stato indirettamente chiamato in causa dal più ampio processo di integrazione comunitaria: la c.d. *europizzazione degli strumenti di attuazione nazionale del diritto CE*⁴², di cui si avrà modo di esporre meglio lo sviluppo nel Capitolo I e che ha fatto emergere una mera “competenza punitiva indiretta” della Comunità in base al disposto dell’art. 10 del TCE (principio di fedeltà comunitaria). Chiarendo la portata contenutistica di tale principio la CGCE ha infatti imposto agli Stati membri l’obbligo di attuazione nazionale conforme dei precetti comunitari, che rappresenta la cifra essenziale del riparto di competenze tra diritto comunitario e diritto punitivo nazionale. Secondo tale obbligo la Comunità è *competente a scegliere i beni e gli interessi da sottoporre a tutela*, mentre gli Stati membri *sono competenti ad individuare le sanzioni comunitariamente conformi, in base a scelte e a scale di valore nazionale, ma vincolate ad un giudizio di adeguatezza e di conformità rispetto ai parametri enucleati dal sistema giuridico comunitario* (atti di diritto comunitario derivato o parametri enucleati dalla CGCE).

Da queste prime osservazioni è inoltre possibile dedurre e porre in risalto le due caratteristiche precipue prodotte dall’influenza del diritto comunitario sui diritti penali nazionali nelle ipotesi in cui questi vengano indirettamente in contatto⁴³: *in primis*, in base all’obbligo di attuazione

⁴⁰ Così M. FLETCHER-R. LOOF-B. GILMORE, *Eu criminal law and justice*, Cheltenham, 2008, p. 174, secondo cui «these influences of traditional EC law on the criminal law were indirect and incidental».

⁴¹ Si tenga presente che il diritto comunitario è competente a disciplinare una determinata materia intesa come settore di intervento; non si pongono ulteriori «problemi di etichetta e di natura delle norme mediante le quali una certa materia è disciplinata» – diritto civile, amministrativo o penale –: così C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell’ordinamento comunitario*, in C. RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, p. 146.

⁴² V. J.A.E. VERVAELE, *L’europizzazione del diritto penale e la dimensione penale dell’integrazione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 2005, p. 129.

⁴³ Sulle possibili intersezioni tra diritto comunitario e diritto penale v. M. TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*,

nazionale conforme del diritto comunitario, il carattere indiretto, incidentale ed eventuale dell'intervento penale nazionale; *in secundis*, invece, la funzione sanzionatoria dell'intervento penale nazionale, quale “braccio armato” di scelte normative assunte a livello comunitario.

Sotto altro profilo, da queste prime “considerazioni preliminari” si evince che il diritto comunitario ha generato una eventuale opera di *indiretta armonizzazione* dei sistemi penali nazionali degli Stati membri; questi ultimi infatti, come già esposto, sono stati obbligati in eguale misura a predisporre un regime di attuazione e di tutela nazionale dei precetti di diritto comunitario in modo conforme rispetto ai parametri comunitari e ciò ha evidentemente avuto l'effetto di innescare un ravvicinamento dei sistemi di giustizia penale degli Stati membri.

Come già esposto, in questa prima fase *pre-1993* – denominata di *europaizzazione degli strumenti di attuazione nazionali* – il diritto penale non è stato mai direttamente ed espressamente oggetto di disciplina da parte degli organi comunitari; ha rappresentato, piuttosto, l'ultima scelta dei sistemi giuridici nazionali al fine di tutelare beni e interessi precedentemente individuati dalla normativa comunitaria al ricorrere dell'insufficienza di altri strumenti di tutela nazionali. Un esempio, forse, può essere utile. La proposta della Commissione europea sulla prima direttiva in materia di riciclaggio prevedeva la «criminalizzazione» del riciclaggio, in base alla valutazione secondo cui solo il diritto penale avrebbe avuto l'effetto di rendere la normativa comunitaria effettiva; il Consiglio, invece, optò per una soluzione di compromesso per cui il riciclaggio non doveva essere «criminalizzato», ma semplicemente «proibito».

Ed invero l'impressione, certo semplicistica e forse anche eccessiva, che si trae da tale tipo di scelte è che nel primo pilastro precedentemente al 1993 il ricorso al diritto penale rappresentasse un “vizio” (*lato sensu*) del sistema giuridico comunitario; al contrario, nel terzo Pilastro *post-1999*, con l'istituzione di uno spazio di Sicurezza, Libertà e Giustizia, il vizio si è trasformato in “virtù”.

1993, p. 209; H.G. SEVENSTER, *Criminal law and EC Law*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 29.

A tal riguardo non è superfluo evidenziare che i mutamenti avvenuti con il Trattato di Maastricht prima e con quello di Amsterdam dopo, segnando il passaggio alla seconda stagione del diritto penale europeo, hanno cambiato notevolmente lo scenario di riferimento all'esterno dei confini nazionali: come già esposto, nell'arco di pochi anni si è prevista la cittadinanza europea, il territorio europeo (spazio di libertà, sicurezza e giustizia) e il terzo Pilastro (il diritto penale dell'UE); da questo momento, quindi, il diritto penale è entrato direttamente e a pieno titolo nel processo di integrazione europea e di europeizzazione del diritto⁴⁴. Più in particolare, con il Trattato di Maastricht si è provveduto non solo alla creazione dell'UE, ma anche di un apposito pilastro (il terzo) per attribuire competenza in materia penale all'ente sopranazionale in modo sganciato dal sistema giuridico comunitario (di primo pilastro). Con il Trattato di Amsterdam del 1999, invece, si è provveduto ad un decisivo salto qualitativo dell'azione dell'ente sopranazionale con la proclamazione dell'istituzione di uno Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia.

Orbene, giova da subito segnalare che l'istituzione del terzo Pilastro nel 1993 e il suo successivo sviluppo non possono essere sminuite e paragonate, ad esempio, ad operazioni di mero carattere «cosmetico»⁴⁵. In realtà, l'istituzione del terzo Pilastro risponde ad una precisa volontà degli Stati membri, i quali – consapevoli da un lato della necessità di non potere lasciare il diritto penale al di fuori dell'integrazione europea avviata a partire dai Trattati istitutivi (CE, CEE e EURATOM), ma dall'altro lato restii ad attribuire una competenza penale diretta alla Comunità – hanno trovato un compromesso insito nel ricondurre il diritto penale a *logiche, metodi e vincoli* strutturalmente diversi da quelli della comunità sopranazionale di cui al sistema giuridico comunitario (primo Pilastro). Il diritto penale è stato infatti ricondotto al terzo Pilastro proprio al fine di

⁴⁴ R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 58, la quale afferma che «E' con il Trattato di Maastricht [...] che il collegamento funzionale tra finalità del processo di integrazione comunitaria e cooperazione giudiziaria in materia penale, ormai elevata a "questione di interesse comune" dell'Unione europea, trova piena ed esplicita consacrazione».

⁴⁵ J. VERVAELE, *The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration*, in P. DEMARET-I. GOVAERE (a cura di), *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe*, Bruxelles, 2005, p. 277.

preservarlo – in quanto espressione dello *jus puniendi*, zoccolo duro della sovranità nazionale⁴⁶ – dalla *logica*, dai *metodi* e dai *vincoli* del sistema giuridico sopranazionale (primo Pilastro); la *ratio* sottostante e ordinatrice il terzo Pilastro è stata, piuttosto, quella della collaborazione intergovernativa tra Stati in quanto espressione tipica del diritto internazionale. In questo modo, pertanto, il terzo Pilastro, pur essendo riconducibile al soggetto UE, non è retto dal regime di operatività dell'ente sopranazionale comunitario, ma è subordinato al regime di operatività tipico della comunità internazionale.

Ed invero, primo e terzo Pilastro, seppur accomunati dal fatto di concorrere a delineare il medesimo soggetto di diritto internazionale ampiamente inteso (*rectius*: l'UE), sono tuttavia da ricondurre in due ambiti diversi: il I Pilastro nella realtà della comunità sopranazionale; il III Pilastro, invece, in quella della comunità internazionale.

Il funzionamento del primo Pilastro, pertanto, è disciplinato secondo il metodo comunitario tipico dell'organizzazione sopranazionale: esso risponde ad una logica di *integrazione*, organizzata secondo il *metodo giuridico comunitario* (organi di individui e decisioni a maggioranza, atti vincolanti – diretta applicabilità, effetto diretto, interpretazione conforme e sistema di controllo giurisdizionale di legittimità della CGCE –) e vincolata alla *giustiziabilità degli obblighi comunitari* (tramite la procedura di inadempimento).

Il terzo Pilastro, invece, è disciplinato secondo il metodo intergovernativo tipico delle cooperazioni internazionali e, quindi, secondo i dettami classici della cooperazione intergovernativa tra Stati membri (organi di Stati e principio dell'unanimità, assenza o rarità del potere di adottare atti vincolanti, assenza di: diretta applicabilità, effetti diretti, interpretazione conforme, giurisdizione della CGCE e, soprattutto, di procedura d'inadempimento).

Evidenziate le diversità di cui alle rispettive comunità di

⁴⁶ Al riguardo non appare superfluo ricordare che con l'introduzione dell'Euro la possibilità di battere moneta non può più essere considerata prerogativa (esclusiva) della sovranità nazionale; in argomento v. E. SMITH, *Introduction: "Sovereignty" – National and Popular*, in E. SMITH (a cura di), *National Parliaments as Cornerstones of European Integration*, London- The Hague- Boston, 1996, p. 5.

appartenenza (sopranazionale/internazionale), di metodi giuridici di funzionamento (comunitario/intergovernativo) e di giustiziabilità dei vincoli (giustiziabilità dei soli obblighi CE di primo Pilastro e non di quelli di terzo Pilastro), si comprende dunque meglio la scelta di fondare l'ossatura dell'UE – primo, secondo e terzo Pilastro – secondo una struttura articolata su più Pilastri e “relegare” il diritto penale ad un pilastro “sganciato” da quello comunitario, tuttavia “collegato” all' UE.

La precipua funzione dell'istituzione del terzo Pilastro è stata infatti duplice: da un lato ha fornito competenze, fino a quel momento fortemente controverse, all'UE, ma dall'altro lato ha fatto sì che il diritto penale, settore particolarissimo per la sovranità nazionale, non fosse disciplinato secondo il metodo comunitario della comunità sopranazionale, ma secondo il più blando e meno cogente metodo intergovernativo della comunità internazionale.

Già da questa breve panoramica, può dunque trarsi conferma dell'affermazione secondo cui, soprattutto in base al riconoscimento sia della cittadinanza europea che delle situazioni giuridiche soggettive ad esso ricollegate avvenuto nel 1993, lo sforzo di comprendere l'ordinamento costituzionale inserendolo nel più ampio contesto internazionale ampiamente inteso, non è un'operazione superflua o priva di ricadute pratiche. L'UE, infatti, è la seconda organizzazione di vertice fondamentale che si insinua tra la Costituzione e lo Stato, da un lato, e i suoi cittadini, dall'altro.

1.4. La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento UE.

Preliminarmente s'impone chiarire che, in questa tesi, l'espressione “diritti fondamentali” – tra cui rientra certamente e a pieno titolo il principio di legalità penale nazionale *ex art. 25 comma II della Costituzione* – è da ricondurre «all'idea che esistono diritti individuali nei confronti dei pubblici poteri che questi non possono in alcun modo comprimere»⁴⁷.

⁴⁷ Così G. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Rivista internazionale dei diritti*

Orbene, come già ampiamente desumibile dal quadro del soggetto UE adesso brevemente fornito, il tema della tutela dei diritti fondamentali non può essere considerato come una questione di carattere nazionale o, in alternativa, di mera rilevanza *ex art.* 117 della Costituzione per la comunità internazionale e, quindi, per la CEDU e la sua Corte. Ed invero, la tutela dei diritti fondamentali assume centrale rilievo, oltre che a livello nazionale e internazionale, anche all'interno dell'ordinamento comunitario e del soggetto UE. L'emersione di una «ordine pubblico europeo»⁴⁸ e il riferimento sia alla cittadinanza europea che al riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali di cui all'art. 6 TUE evidenziano, infatti, che le strade dell'integrazione europea passano per la via dell'organizzazione come per quella dei diritti fondamentali. L'odierna situazione dei diritti fondamentali in Europa è caratterizzata, infatti, dalla «molteplicità delle fonti che riconoscono e garantiscono quei diritti, dei loro ambiti e livelli di operatività, dei giudici preposti alla loro tutela»⁴⁹.

Svolte queste considerazioni, è tuttavia opportuno fare presente che in origine i trattati istitutivi della CE non prevedevano né un riferimento alla necessità di proteggere tali diritti, né dei mezzi per garantire tale protezione; in origine infatti la CEDU e la odierna UE (e, quindi, la Corte EDU e la CGCE), proprio perché riconducibili a sistemi giuridici caratterizzati da differenti prerogative (tutela dei diritti umani/rispetto del diritto comunitario), avevano aree di competenza differenti e viaggiavano su binari paralleli: l'una, tesa alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo; l'altra, a dirimere contrasti sorti dal e nel processo di integrazione economica ad opera del diritto CE.

In un primo momento infatti la CGCE, in considerazione sia della

dell'uomo, 1991, p. 618; v. anche le osservazioni di P. COSTA, voce *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, Tomo 2, Milano, 2008, p. 365.

⁴⁸ Come afferma A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturati*, Milano, 2007, p. 200, «Il Trattato di Amsterdam, insomma, esprime la volontà dell'Unione europea di costruire un suo proprio sistema di protezione dei diritti dell'uomo largamente fondato sulla Convenzione europea. I diritti fondamentali diventano un "codice comune di valori fondamentali", così contribuendo a realizzare un "ordine pubblico europeo" che si impone alla comunità e agli Stati membri».

⁴⁹ S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 8.

natura sostanzialmente economica dei Trattati sia del silenzio serbato dagli stessi sul punto, dimostrò di non essere interessata alla tutela dei diritti fondamentali; sul finire degli anni '50, la CGCE riteneva di potere tutelare esclusivamente quelle posizioni soggettive previste dalla normativa comunitaria originaria o derivata⁵⁰.

La situazione oggi è notevolmente diversa.

La tutela dei diritti fondamentali ha assunto un «significato particolare»⁵¹ all'interno del sistema giuridico comunitario: a partire dagli anni '60 la CGCE ha infatti iniziato a ricondurre la tutela dei “diritti fondamentali” all'interno della categoria dei principi generali impliciti del diritto comunitario dedotti sia dalle *tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, sia dalle *convenzioni internazionali alle quali essi hanno aderito (in particolare la CEDU)*⁵².

Peraltro, il diverso approccio e valore riconosciuto al tema dei “diritti fondamentali” è stato manifestato dalla CGCE nell'ambito di una dialettica intercorsa con le Corti costituzionali italiana e tedesca. Come è noto, infatti, tali Corti costituzionali rivendicarono la possibilità di svolgere un controllo di legittimità costituzionale sugli atti comunitari⁵³ proprio dopo che l'affermarsi della dottrina del primato e degli effetti diretti del diritto comunitario aveva portato quest'ultimo a riconoscere soggettività giuridica, oltre che agli Stati, anche agli individui.

Com'è facile intuire, infatti, nella prospettiva di una Corte costituzionale di un Paese dotato di Carta costituzionale e di un relativo controllo di costituzionalità, in cui lo *status* di cittadino o di individuo produce delle situazioni giuridiche fondamentali per i destinatari, sarebbe stato assai difficile accettare i principi della preminenza e degli effetti diretti senza l'assicurazione che il rispetto dei diritti fondamentali – da quelle

⁵⁰ Cfr. CGCE, C-1/58, 4 febbraio 1959, *Stork*.

⁵¹ Sul punto cfr. A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema giuridico comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, p. 84.

⁵² Cfr. A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema giuridico comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, p. 83.

⁵³ Al riguardo v. B. NASCIBENE-C. SANNA, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, 2004, p. 50.

stesse Corti e dalle rispettive Carte costituzionali solennemente statuito e tutelato – fosse garantito anche all'interno dell'ordinamento sopranazionale.

Il progressivo riconoscimento a livello sopranazionale della protezione dei diritti fondamentali si è quindi rivelato fondamentale nel vincere le resistenze nazionali al riconoscimento degli effetti diretti e del primato del diritto comunitario⁵⁴. Tale riconoscimento, peraltro, non ha avuto mero carattere formale; l'inversione di rotta da parte della CGCE ha piuttosto comportato che gli atti normativi e amministrativi delle istituzioni comunitarie contenenti obblighi potessero essere oggetto di censure da parte della CGCE⁵⁵ e che la normativa nazionale non potesse mai porsi in contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti a livello comunitario nei settori di applicazione dei Trattati⁵⁶.

Orbene, a seguito di questo passo verso la costituzionalizzazione dei Trattati⁵⁷, il tema della tutela dei diritti fondamentali all'interno della comunità internazionale ampiamente intesa, da prerogativa esclusiva della CEDU e della sua Corte, è divenuta nel tempo una prerogativa anche dell'odierna UE e della sua Corte. Al riguardo, è stato notato che «l'evoluzione della protezione dei diritti fondamentali non concerne soltanto l'evoluzione dell'ordinamento giuridico comunitario, ma riguarda anche l'evoluzione di un'identità europea»⁵⁸; in un'ottica di più ampio respiro, dunque, tale riconoscimento appare una tappa fondamentale del processo di

⁵⁴ Sul punto v. A. BERNARDI A., “*Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege*” *Between European Law and National Law*, in M.C. BASSIUNI-V. MILITELLO-H. SATZGER (a cura di), *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008, p. 99, il quale afferma che il riconoscimento della protezione dei diritti fondamentali è risultato funzionale alla definitiva affermazione del primato del diritto comunitario sul diritto interno.

⁵⁵ V. A. BERNARDI A., “*Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege*” *Between European Law and National Law*, in M.C. BASSIUNI-V. MILITELLO-H. SATZGER (a cura di), *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008, p. 99.

⁵⁶ G. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1991, p. 628.

⁵⁷ M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 73, i quali, dando contezza che il termine è utilizzato anche nel linguaggio ufficiale delle istituzioni comunitarie, affermano che il significato del termine costituzionalizzazione sia «nel senso che la maggioranza dei principi che regolano i rapporti tra la Comunità e i suoi Stati membri si richiamano più a quelli di un ordinamento statale di tipo federale, che non a quelli di un'organizzazione internazionale. Ciò non implica, tuttavia, che la Comunità sia dotata di una Costituzione, emanata da un potere costituente e dotata del valore che le Costituzioni hanno negli Stati».

⁵⁸ M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 219.

integrazione europea.

Inoltre, come già accennato, con l'istituzione del Trattato di Maastricht, la rilevanza del tema dei diritti fondamentali ha cessato di essere riconosciuta per via meramente giurisprudenziale ed ha ottenuto espressa positivizzazione nei Trattati; l'art. 6 TUE, infatti, afferma che «L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri» e che «*L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati Membri, in quanto principi generali del diritto comunitario*».

La positivizzazione dell'orientamento giurisprudenziale della CGCE da ultimo richiamato ha quindi rappresentato un indiscusso passo in avanti nella costruzione europea; con la previsione dell'art. 6 TUE infatti, l'UE, benché non abbia aderito alla CEDU, è tuttavia obbligata a non violare – tramite la propria normativa – le disposizioni sostanziali previste in ambito CEDU, pena l'annullamento dell'atto da parte della CGCE⁵⁹.

Ciò nonostante ad avviso di alcuni la previsione di cui all'art. 6 TUE non costituiva ancora una garanzia sufficiente per la tutela dei diritti all'interno del soggetto UE. La sensazione, infatti, era che la tutela dei diritti fondamentali soffrisse di un *deficit* di *chiarezza, certezza e trasparenza*⁶⁰, dovuta alla circostanza che, nonostante la positivizzazione nel tessuto dell'art. 6 TUE, essi fossero tuttavia relegati al ruolo di principi fondamentali non scritti del diritto comunitario e, come tali, privi di una degna visibilità in quanto tali.

È in questo contesto, quindi, che si colloca l'iniziativa di adottare «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»⁶¹, *catalogo scritto*

⁵⁹ M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 219.

⁶⁰ Cfr. sul punto R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 1875.

⁶¹ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riprende in un unico testo, per la prima volta nella storia dell'Unione europea, i diritti civili, politici, economici e sociali dei cittadini europei nonché di tutte le persone che vivono sul territorio dell'Unione. Questi diritti sono raggruppati in sei grandi capitoli: Dignità, Libertà, Uguaglianza, Solidarietà, Cittadinanza e Giustizia. Si fondano soprattutto sui diritti e sulle libertà fondamentali

comunitario dei diritti fondamentali, nel cui ambito – per quanto qui di interesse – trova espresso riconoscimento il principio di legalità. Più in particolare nella Carta, al Capo VI (relativo alla Giustizia), art. 49, è stato riconosciuto, con una formulazione contenutisticamente identica a quella prevista dalla CEDU e con l'aggiunta del riconoscimento della retroattività favorevole, il «principio della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene», su cui si avrà modo di soffermarsi successivamente.

Già da adesso, però, conviene anticipare che le disposizioni della c.d. Carta di Nizza – giuridicamente vincolanti in termini di *hard law*⁶² successivamente alla entrata in vigore del Trattato di Lisbona – si rivolgono «alle istituzioni ed agli organi dell'Unione europea nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri nel momento in cui applicano il diritto dell'Unione»; inoltre, si tenga presente che la Carta, al fine di scongiurare interpretazioni divergenti dei diritti in essa previsti, espressamente precisa (art. 52 comma 3) che eventuali diritti corrispondenti a quelli tutelati in ambito CEDU debbano essere interpretati in modo a questa omogeneo, così loro riconoscendo un significato e una portata del tutto simile a quelli di cui alla CEDU.

In questo modo, quindi, la tutela dei diritti fondamentali (tra cui il principio di legalità) all'interno del territorio UE – in origine assicurata tramite l'attività pretoria della CGCE, che riconduceva gli stessi all'interno dei principi impliciti del diritto comunitario – è emersa finalmente in superficie.

Traendo dunque le somme da quanto fin qui esposto, può affermarsi

riconosciute dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, sulle tradizioni costituzionali degli Stati membri dell'Unione europea, sulla Carta sociale europea del Consiglio d'Europa e sulla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, nonché su altre convenzioni internazionali alle quali aderiscono l'Unione europea o i suoi Stati membri. La Carta è reperibile sull'URL http://www.europarl.europa.eu/charter/default_it.htm

⁶² La Carta di Nizza, infatti, fino a prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha avuto valore di *soft law* nel senso che, pur non essendo giuridicamente vincolante, si è inserita lo stesso nelle pieghe delle argomentazioni, sia dei giudici nazionali, che della CGCE; al riguardo v. O. POLLICINO-V. SCIARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 101 e ss. L'attuale art. 6 TUE, invece sebbene la Carta non sia stata incorporata nei Trattati, prevede che «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

che nell'ambito del territorio UE le fonti su cui riposa il principio di legalità (oltre agli altri diritti fondamentali) sono, *da un lato*, la Carta dei diritti dell'UE (fonte esplicita) e *dall'altro* l'art. 6 TUE (fonte implicita, in quanto rinvia sia alla CEDU che le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri).

Con riguardo ai due canali richiamati dall'art. 6 TUE (CEDU e tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri), appare inoltre opportuno fare presente che, dalla prospettiva del principio di legalità penale, il loro congiunto operare ha prodotto all'interno del territorio UE un *principio euro-costituzionale di legalità*; questo principio – che in realtà si estrinseca in due dimensioni l'una *nazionale*⁶³ e l'altra *europea*⁶⁴ –, nell'ampia prospettiva dei diritti “fondamentali” nella UE qui trattata deve essere inteso come una situazione giuridica soggettiva di carattere fondamentale nel territorio UE e derivante dalla *status* di cittadino europeo.

Alla luce del quadro adesso brevemente descritto della tutela dei diritti fondamentali all'interno del territorio UE e, soprattutto, alla luce del riconoscimento dello *status* di cittadino europeo, ciò che è allora fondamentale evidenziare è che il rapporto tra lo Stato ed i propri cittadini e, in particolare, la posizione del singolo rispetto allo Stato non sono più riconducibili esclusivamente al classico rapporto tra Stato e cittadino, in quanto a questo rapporto si affianca il rapporto tra UE e suoi cittadini (seppure tramite il filtro della teoria dei controlimiti).

Nel 1993 si è previsto, infatti, all'art. 8 A TCE che «la cittadinanza europea costituisce un completamento della cittadinanza nazionale e non

⁶³ Il principio euro-costituzionale di legalità, nella sua dimensione nazionale, sarebbe da ricondurre alle situazioni giuridiche soggettive derivanti dallo *status* di cittadino nazionale. Qui, l'interazione degli ordinamenti giuridici produce una lesione della legalità nazionale; la dimensione è nazionale, infatti, perché da una prospettiva dal basso verso l'alto – diritti fondamentali riconosciuti dallo Stato – valorizza la funzione di limite imposto alle istituzioni comunitarie. Ciò che dunque viene tutelata è la fondamentale prerogativa nazionale della riserva di legge nazionale, poiché l'esperienza maturata dimostra che la riserva di legge nazionale rappresenta un contro-limite nazionale ostativo al riconoscimento di effetti diretti a contenuto espansivo della normativa comunitaria sulla responsabilità penale dei singoli. (Sul punto v. paragrafi 3.1.2. e ss.)

⁶⁴ Il principio euro-costituzionale di legalità punitiva, nella sua dimensione europea, sarebbe da ricondurre alle situazioni giuridiche soggettive derivanti dallo *status* di cittadino europeo. Qui, l'interazione degli ordinamenti giuridici produce una lesione della legalità europea; la dimensione è europea, infatti, perché, da una prospettiva dall'alto verso il basso – diritti fondamentali riconosciuti dallo UE ai propri cittadini – valorizza la funzione di limite imposto agli ordinamenti giuridici degli Stati membri nei riguardi dei cittadini europei. (Sul punto v. paragrafi 9.0. e ss.)

sostituisce quest'ultima. I cittadini dell'Unione, [infatti], godono di diritti e sono soggetti ai doveri previsti dal presente Trattato»⁶⁵. Ne consegue che oggi giorno le situazioni giuridiche soggettive dei singoli – e cioè diritti e doveri dei cittadini degli Stati membri – non sono più deducibili in base al mero *status* di cittadino che deriva dalle Costituzione nazionale *tout court*, ma anche dallo *status* di cittadino europeo.

1.4.1. La posizione della Corte costituzionale italiana e la teoria dei "controlimiti".

Come accennato, la Corte costituzionale tedesca e quella italiana hanno opposto significative resistenze al riconoscimento del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale teorizzando la possibilità di esperire un sindacato di costituzionalità sugli atti comunitari per evitare possibili lesioni dei diritti fondamentali riconosciuti a favore dei propri cittadini dalle rispettive Carte costituzionali

Più in particolare, per quanto concerne la soluzione adottata dalla Corte costituzionale italiana, essa è approdata alla soluzione per cui il diritto comunitario gode di un primato anche sulle norme interne di rango costituzionale, ma trattasi di un «primato con riserva» in quanto non può *mai* violare «i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana»⁶⁶. Argomentando in base al disposto dell'art. 11 della Costituzione italiana, i giudici costituzionali hanno quindi dato vita ad un bilanciamento di poteri tra l'ordinamento giuridico comunitario e l'ordinamento giuridico nazionale, comunemente noto come «dottrina dei controlimiti»⁶⁷; in altri termini, limitazioni «alle

⁶⁵ L'art. 8 A TCE, successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Nizza, corrisponde all'art. 17 TCE, il quale afferma che «È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno stato membro. La cittadinanza dell'Unione costituisce un complemento della cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti dal presente Trattato».

⁶⁶ Corte costituzionale, 27 dicembre 1973, n. 183, pubblicata in *Foro italiano*, 1974, I, p. 315 e ss.; questa sentenza è ripresa dalla celebre sentenza *Granital*, 8 giugno 1984, n. 170.

⁶⁷ Sulla dottrina dei controlimiti, in dottrina, v. A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, e U. VILLANI, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, pubblicati in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta*,

limitazioni di sovranità» contemplate dall'art. 11 della Costituzione italiana, che hanno il duplice effetto di permettere lo sviluppo della costruzione comunitaria e nel contempo preservare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale interno (*rectius*: i diritti fondamentali) nell'integrazione tra ordinamenti.

La vivace dialettica maturata tra la CGCE e la Corte costituzionale italiana, alla fine si è conclusa con una sentenza della Consulta secondo cui «*in base all'art 11 cost. sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; deve quindi escludersi che siffatte limitazioni [...] possano comunque comportare per gli organi della CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189⁶⁸ una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con detti principi fondamentali*»⁶⁹. Le norme comunitarie, quindi, non possono violare «i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona umana» perché, in tale ipotesi, sarebbe la disposizione comunitaria a essere considerata non applicabile dalla Corte Costituzionale.

Trattasi di teoria esplicitamente confermata dalla Corte Costituzionale nella sentenza del caso c.d. *Granital* ove si è affermato che «Questo Collegio ha nella sentenza n. 183 del 1973 già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andare soggetta al suo sindacato in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana»⁷⁰.

A fronte di pronunciamenti così espliciti, non v'è dubbio dunque che la Consulta abbia riconosciuto la piena legittimità delle limitazioni di

20 Aprile 2007, Milano, 2008, rispettivamente p. 479 e ss. e p. 493 e ss.

⁶⁸ L'art. 189 riguarda le fonti del diritto comunitario – regolamento, direttiva, decisione e raccomandazione – ed è stato sostituito dall'art. 249 TUE.

⁶⁹ Corte costituzionale, 27 dicembre 1973, n. 183, pubblicata in *Foro italiano*, 1974, I, p. 315., la quale inoltre afferma che «Deve invece escludersi che questa Corte possa sindacare singoli regolamenti, atteso che l'art. 134 della Costituzione riguarda soltanto il controllo di costituzionalità nei confronti delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni, e tali, per quanto si è detto, non sono i regolamenti comunitari».

⁷⁰ Sentenza Corte costituzionale, 8 giugno 1984, n. 170.

sovranità previste dall'art. 11 della Costituzione italiana e, quindi, in una più ampia prospettiva, della stessa integrazione comunitaria, ma ciò unicamente nella misura in cui non siano violati i principi e i diritti ritenuti inviolabili dalla Costituzione stessa. La teoria dei controlimiti appare dunque avere individuato un giusto punto di armonia per quanto concerne il rispetto dei diritti fondamentali all'interno dell'UE e tra le prerogative dell'ordinamento UE e quelle dell'ordinamento nazionale; infatti è stato evidenziato che da allora, in materia di diritti fondamentali, non vi sono stati più conflitti rilevanti fra la CGCE e la Corte costituzionale⁷¹.

⁷¹ S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 12.

CAPITOLO SECONDO

L'ORDINAMENTO GIURIDICO COMUNITARIO. L'EUROPEIZZAZIONE DEGLI STRUMENTI DI ATTUAZIONE NAZIONALE DEL DIRITTO CE.

2.0. Premessa. – 2.1. L'ordinamento giuridico comunitario. – 2.1.1. *Il carattere integrato.* – 2.1.2. *L'ampliamento delle competenze della Comunità.* – 2.1.2.1. *Criterio ordinatore del quadro delle fonti.* – 2.1.3. *La preminenza del diritto CE.* – 2.2. Il principio di fedeltà comunitaria. – 2.2.1. *Principio di sincera cooperazione e obbligo per gli Stati membri di predisporre un regime di attuazione nazionale dei precetti CE comunitariamente conforme.* – 2.2.2. *Giudice nazionale e principio dell'interpretazione conforme.* – 2.2.3. *Giustiziabilità dell'obbligo comunitario e procedura di infrazione.*

2.0. Premessa.

In questo capitolo e in quello successivo si tenterà di ricostruire quella che è stata definita la “prima stagione” del diritto penale europeo (*l'uropeizzazione degli strumenti di attuazione nazionale del diritto CE*). Come accennato in premessa, in questa fase e cioè precedentemente alla creazione dell'UE e della sua struttura a pilastri, il diritto penale nazionale non è stato interessato intenzionalmente dal diritto comunitario; piuttosto è venuto *eventualmente* in rilievo, in via *indiretta, incidentale* e in *funzione sanzionatoria*, come fisiologica conseguenza del processo di europeizzazione degli strumenti di attuazione nazionale dei precetti CE.

In questo capitolo si provvederà dunque, da un punto di osservazione generico, ad una breve descrizione dell'ordinamento giuridico comunitario (CE) nei suoi aspetti ritenuti qui essenziali; nel capitolo successivo, individuati i due volani del processo di europeizzazione degli strumenti di attuazione nazionale del diritto CE, si analizzerà più da vicino la “prima stagione” del diritto penale europeo.

2.1. L'ordinamento giuridico comunitario.

L'ordinamento giuridico comunitario senza dubbio affonda le proprie radici nel diritto internazionale⁷² nella misura in cui ha avuto origine da un accordo internazionale tra Stati; ciononostante, come già affermato, non può essere inquadrato all'interno della comunità internazionale ampiamente intesa. Come già accennato, infatti, in base alle peculiarità individualizzanti tipiche del “metodo” di funzionamento della Comunità⁷³, la CE si colloca all'interno della più evoluta comunità sopranazionale⁷⁴. Proprio in virtù di questo particolare “modo d'essere” è quindi preferibile qualificare l'ordinamento comunitario come un ordinamento *sui generis*⁷⁵. Tuttavia, nonostante questo elemento di assoluta singolarità dell'ordinamento comunitario, sia la sua natura giuridica sia, più in particolare, il sistema giuridico che ne sorregge il funzionamento sono al centro di diverse ricostruzioni dottrinali che ne tentano l'accostamento ai sistemi giuridici di stampo federale⁷⁶.

⁷² La natura giuridica dei trattati istitutivi delle Comunità e le successive integrazioni e modificazioni dei trattati hanno certamente origine internazionale; sul punto v. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 88.

⁷³ Il metodo a cui si fa riferimento è il c.d. metodo comunitario che riflette, in una prospettiva di più ampio respiro, il c.d. metodo funzionalista. Su quest'ultimo v. C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema europeo vigente*, Milano, 2007, p. 4, il quale afferma che «il metodo funzionalista inventato da Jean Monnet si basa sulla convinzione che l'Europa e il mantenimento della pace si realizzino modificando le condizioni economiche, vero fattore determinante il comportamento politico». Per una ampia panoramica su tre metodi proposti nel tempo (intergovernativo, funzionale e federale) v., invece, D.M. CURTIN, *European Legal Integration: Paradise Lost?*, in *European Integration and Law. Four Contributions on the interplay between European Integration and European and National Law to celebrate the 25th Anniversary of Maastricht University's Faculty of Law*, Antwerp, 2006, p. 3.

⁷⁴ Sulla distinzione, dalla prospettiva nazionale, tra diritto sopranazionale (metodo comunitario) e diritto internazionale (metodo intergovernativo), v. E. SMITH, *Introduction: “Sovereignty” – National and Popular*, in E. SMITH (a cura di), *National Parliaments as Cornerstones of European Integration*, London- The Hague- Boston, 1996, p. 3.

⁷⁵ Per l'individuazione «di caratteristiche ulteriori e specifiche rispetto al *genus* cui appartengono» v. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 88.

⁷⁶ In questa direzione cfr. M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 73, secondo i quali i principi che hanno scolpito i rapporti fra il diritto comunitario e il diritto degli Stati membri configurano tale rapporto in modo non diverso da quello riscontrabile negli Stati federali; da prospettiva penalistica, analogamente, v. A. BERNARDI, *L'europizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, p. 467, secondo cui «ormai l'Europa, pur non essendo ancora uno Stato federale, sotto il profilo penale pone però sin d'ora tutti i problemi proprio degli Stati federali».

Orbene, indipendentemente dal riconoscimento del carattere federale al sistema giuridico comunitario (tale impostazione è criticata da alcuni perché assimila il fenomeno comunitario a esperienze giuridiche sostanzialmente difformi) la Comunità sopranazionale è strutturata sull'ordinamento giuridico comunitario, che, in quanto tale, è quindi da contrapporre all'ordinamento e al regime giuridico internazionale delle organizzazioni internazionali.

Giova peraltro evidenziare che la distinzione tra “sopranazionale” e “internazionale” non riveste mero carattere formale, in quanto l'ordinamento comunitario e, più in generale, la comunità sopranazionale hanno un valore strutturale aggiunto rispetto alle caratteristiche tradizionalmente rinvenibili nella comunità internazionale.

A questo riguardo, e cioè al fine di evidenziare le novità dell'ordinamento comunitario rispetto all'ordinamento internazionale ampiamente inteso, nulla sembra spiegare meglio il fenomeno rispetto alla massima del celebre caso Costa-Enel della CGCE e secondo cui: *«a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare. Istituito una Comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in specie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi.*

Tale integrazione nel diritto di ciascuno Stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie e, più in generale, lo spirito e i termini del Trattato, hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non è opponibile all'ordinamento stesso.

Scaturito da fonte autonoma, il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in

qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità.

Il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro poteri sovrani»⁷⁷.

Alla luce di questa lontana statuizione, perfettamente valida anche oggi, per ordinamento sopranazionale deve intendersi quindi un'organizzazione sì di natura internazionale, ma all'interno della quale i rapporti interstatali non sono diretti alla mera cooperazione intergovernativa, ma subordinati, in sfere di competenze predeterminate, al volere superiore dello stesso ente sopranazionale⁷⁸.

Svolta questa importante precisazione, sono tre (*ampliamento delle competenze, integrazione con gli ordinamenti statali e prevalenza sul diritto nazionale*) i tratti giuridici salienti dell'ordinamento comunitario che – più o meno già emergenti dalla statuizione della CGCE sopra riportata – qui si ha interesse ad illustrare per un migliore comprensione di quanto si vuole mettere a fuoco successivamente: carattere integrato, ampliamento delle competenze e carattere preminente del diritto CE.

2.1.1. Il carattere integrato.

L'ordinamento comunitario è caratterizzato dall'essere un ordinamento *integrato* rispetto agli ordinamenti nazionali degli Stati membri⁷⁹. Esso, infatti, a differenza di questi ultimi, non rappresenta un ordinamento autonomo, completo o chiuso perché, per potersi realizzare

⁷⁷ CGCE, C-6/64, 15 luglio 1964, *Flaminio Costa c. l'E.N.E.L.*, punto 3.

⁷⁸ Che le limitazioni della sovranità statale scaturite dall'organizzazione sopranazionale europea siano molto più evidenti ed intense rispetto a quelle di cui alle "tradizionali" organizzazioni internazionali v. R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, p. 19; M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 74.

⁷⁹ Per l'integrazione tra effetti applicativi dei diversi sistemi delle fonti (sopranazionali/nazionali) v. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 62 e p. 63, la quale, riconoscendo il carattere integrato dell'ordinamento comunitario nei termini su esposti, elabora un interessante concetto di «separazione sostenibile» in considerazione dei diversi presupposti teorici di partenza di cui alla CGCE e alla Corte costituzionale italiana richiamati.

compiutamente, necessita dell'integrazione con gli ordinamenti degli Stati membri; senza Stati aderenti, oltre a non aversi l'ordinamento comunitario, il suo diritto non troverebbe applicazione.

Al riguardo appare pacifico, infatti, che gli Stati membri, al fine di compiere il processo di integrazione comunitaria, abbiano fornito all'ente sopranazionale il proprio potere legislativo, esecutivo e giudiziario⁸⁰, tanto che la dottrina ha sottolineato come l'effettività del diritto comunitario dipenda dal sistema giuridico degli Stati membri⁸¹. Finanche nel settore della concorrenza – da sempre settore di elezione nell'ottica comunitaria, tanto da essere il solo ad avere beneficiato sin dalle origine di una disciplina sanzionatoria in caso di violazione delle regole sulla concorrenza – l'ordinamento comunitario non è completamente sufficiente – ma fa anche ricorso all'apparato sanzionatorio nazionale degli Stati Membri⁸².

Escluso il settore della concorrenza, peraltro il TCE non prevede espressamente una potestà sanzionatoria a favore delle istituzioni comunitarie⁸³.

Nonostante talune incertezze, ciò ha assunto un significato assai chiaro: l'attività sanzionatoria delle violazioni del diritto comunitario è di competenza nazionale, non comunitaria; ciò che appunto palesa il motivo per cui l'ordinamento comunitario è un «sistema integrato negli ordinamenti giuridici degli stati membri»⁸⁴. Sono stati infatti gli Stati Membri che, supplendo al silenzio del Trattato e alla mancanza di un apparato sanzionatorio comunitario, hanno “integrato” l'ordinamento comunitario tramite l'apporto dei rispettivi apparati sanzionatori⁸⁵.

⁸⁰ In argomento cfr. J.A.E. VERVAELE, *Fraud against the Community. The need for European Fraud Legislation*, Deventer-Boston, 1992, p. 7.

⁸¹ Come sottolinea J.A.E. VERVAELE, *Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?*, in J.A.E. VERVAELE (a cura di), *Administrative Law Application and enforcement of Community Law in the Netherlands*, Deventer, 1994, p. 161, «This means that the Community is dependent, not just for implementation but also for supervision, control and sanctioning on the national administrative and enforcement structures».

⁸² V. sul punto M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 174.

⁸³ La dottrina, al riguardo, parla di *deficit di enforcement*; sul punto cfr., ad esempio, B. SWART, *From Rome to Maastricht and Beyond: The problem of Enforcing Community Law*, in C. HARDING-B. SWART (a cura di), *Enforcing European Community Rules*, Aldershot-Dartmouth, 1996, p. 1; G. CORSTENS-J. PRADEL, *European criminal law*, 2002, p. 463.

⁸⁴ CGCE, Caso n. 6 del 1964, *Costa-Enel*.

⁸⁵ Sul punto cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee*

2.1.2. L'ampliamento delle competenze della Comunità.

Il processo di costruzione europea innescato con la CE è sorto come un progetto d'integrazione settoriale a carattere economico⁸⁶ e si è poi sviluppato e caratterizzato per l'assenza di un novero fisso di materie di competenza della Comunità. A partire dal 1957 infatti, con l'istituzione delle Comunità si è prefissato l'obiettivo di instaurare un'unione doganale tramite l'individuazione di determinati settori d'intervento dell'azione comunitaria. Da allora, si è registrato un aumento sia degli obiettivi dell'ente sopranazionale sia delle aree d'intervento della Comunità: alle materie originariamente individuate nei Trattati istitutivi sono state aggiunte ulteriori aree di intervento dell'azione comunitaria⁸⁷.

L'aumento delle sfere di competenza non deve però apparire come una "patologia", in quanto la Comunità, *secondo il principio di attribuzioni delle competenze* – previsto dall'art. 5 TCE –, «agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati» dal Trattato. Anche allorquando il Trattato non prevede poteri riguardo ad un'azione che la Comunità reputa egualmente necessaria e questa egualmente intervenga tramite il *principio dei poteri impliciti*, ciò avviene sulla base dell'art. 308 TCE⁸⁸. Quest'ultimo articolo, quindi, è la fonte che ha legittimato l'azione comunitaria in aree in cui questa era priva di poteri specifici⁸⁹; pertanto, è stata la struttura stessa del Trattato⁹⁰, tramite il

guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune, Milano, 2005, p. 22.

⁸⁶ Cfr. B. SWART, *From Rome to Maastricht and Beyond: The problem of Enforcing Community Law*, in C. HARDING-B. SWART (a cura di), *Enforcing European Community Rules*, Aldershot- Dartmouth, 1996, p. 2., il quale, partendo dalla considerazione che il fine originario fosse economico (abolizione delle frontiere), ripercorre, in prospettiva diacronica, gli sviluppi degli obiettivi dell'integrazione comunitaria.

⁸⁷ *Ex plurimis*, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 98, il quale afferma che «Lo schema di competenze materiali quale definito nei trattati istitutivi, ha tuttavia subito una profonda evoluzione, grazie, in particolare, all'interpretazione evolutiva della Corte di giustizia, che ha ampliato l'ambito effettivo delle competenze già previste».

⁸⁸ Sulla dottrina dei poteri impliciti e sulla relativa ridotta o ampia estensione della formulazione a cui si aderisce, a seconda che si riconosca necessaria l'esistenza di un precedente potere o meno, v. P. CRAIG-G. DE BURCA, *Eu law. Text, cases and materials*, Oxford, 2007, p. 91.

⁸⁹ L'art. 308 prevede una procedura di integrazione dei poteri delle istituzioni comunitarie da realizzarsi nel rispetto dei limiti e delle condizioni della stessa norma. Tramite l'art. 308 è si è legittimata l'azione in settori che solo successivamente hanno ottenuto un

“processo di erosione del principio dei poteri enumerati”⁹¹, che ha permesso il continuo aumento dei settori di intervento e che, specularmente, ha avuto l’effetto di eliminare in radice la possibilità di circoscrivere in modo “rigido” le aree di competenza della Comunità, di potere inquadrare l’ordinamento comunitario come qualcosa di “statico”.

2.1.2.1. Criterio ordinatore del quadro delle fonti.

Proprio il carattere flessibile con cui il Trattato indica i settori di competenza della Comunità⁹² ha indotto la dottrina specializzata a ritenere che l’unico criterio guida idoneo ad ordinare il quadro delle fonti, tra il sistema giuridico comunitario e il sistema giuridico nazionale, sia il principio della *preemption*⁹³; secondo questo criterio, quindi, «la preferenza del diritto comunitario si manifesta solo quando esso sia entrato nel diritto positivo»⁹⁴.

Ed invero, gli altri due tradizionali criteri utilizzati per ordinare il quadro delle fonti tra il sistema comunitario e i sistemi nazionali – quello di competenza e quello di gerarchia – non possono essere utilizzati per carenza dei rispettivi presupposti oggettivi di operatività: da un lato, come sopra chiarito, perchè non potendo determinarsi *a priori* e in modo “rigido” il

riconoscimento formale tramite la previsione di una base giuridica; così è avvenuto per l’ambiente, la tutela del consumatore e altri settori, sul punto v. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 99.

⁹⁰ Il Trattato CE, infatti, contrariamente al Trattato CECA, è un trattato quadro, non un Trattato legge; sul punto v. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 153.

⁹¹ Cfr. M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L’Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 73, i quali attribuiscono l’erosione del principio dei poteri enumerati ai diversi fenomeni dell’*estensione, assorbimento, incorporazione o espansione*. Il continuo ampliamento delle competenze normative della Comunità è sottolineato anche da R. SICURELLA, Milano, 2005, p. 58, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema europeo vigente*, Milano, 2007, p. 6.

⁹² Il dato sembrerebbe in linea con la natura di Trattato quadro riconosciuta al trattato CE, contrariamente al trattato Euratom.

⁹³ Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 431. M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L’Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 175; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 58.

⁹⁴ Cfr. M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L’Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 175.

novero delle materie di competenza della Comunità è inutilizzabile il mero principio di competenza; dall'altro è del pari inutilizzabile il principio di gerarchia⁹⁵ dato che gli atti giuridici nazionali e comunitari, oltre ad appartenere a distinti sistemi delle fonti, hanno diversa "forza di legge" (*rectius*: principio di preminenza del diritto comunitario).

2.1.3. La preminenza del diritto CE.

L'elemento maggiormente caratterizzante l'ordinamento comunitario è tuttavia da rinvenire nella "forza di legge" del diritto comunitario che, infatti, insieme al principio di fedeltà comunitaria, si propone come uno dei due volani del processo di europeizzazione degli strumenti di attuazione nazionale del diritto CE.

Invero, il diritto comunitario riveste una posizione di *higher law* rispetto al diritto nazionale⁹⁶, nel senso che tutto il diritto comunitario, *ex se*, – a prescindere, quindi, dalla diretta applicabilità e diretta efficacia⁹⁷ o meno dei singoli atti comunitari – è preminente sul diritto nazionale.

Tale affermazione, ormai consolidata e generalmente condivisa, è tuttavia il punto di approdo di un intenso dialogo sviluppatosi tra la nostra Corte costituzionale e la CGCE e culminato con due fondamentali pronunce del 1984.

Ed invero, con la sentenza della Consulta n. 170 del 1984 (Granital), la Corte costituzionale ha finito con accogliere le precedenti pressioni della

⁹⁵ In tale direzione, cfr. L.F.M. BESSELINK, *A composite European Constitution*, Groningem/Amsterdam, 2007, p. 8, il quale, dalla prospettiva costituzionalistica, afferma che «The hierarchical view is not an adequate description or explanation of constitutional reality: neither in relation to the constitution of the EU in the narrow sense, nor in relation to the constitutions of the Member States».

⁹⁶ Al riguardo, v. M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 76.

⁹⁷ In linea teorica le due locuzioni si differenziano perché ci si riferisce, per i regolamenti, alla diretta applicabilità e, per le direttive, all'efficacia diretta. In realtà, anche un regolamento, di per sé dotato di diretta applicabilità *ex art.* 249 TCE, può non avere effetti diretti qualora richieda l'emanazione ad opera degli Stati membri di atti di integrazione o di esecuzione. Al riguardo, infatti, si può fare presente che la dottrina maggioritaria ritiene che le locuzioni sono utilizzate come sinonimi v., ad esempio, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 165. Anche la giurisprudenza della CGCE pare utilizzare le due locuzioni in modo intercambiabile; sul punto v. C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema europeo vigente*, Milano, 2007, p. 231; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 58.

CGCE espresse con particolare chiarezza con la sentenza *Simmenthal* ai fini del riconoscimento del carattere preminente del diritto CE⁹⁸.

In quest'ultima sentenza, infatti, la CGCE ha affermato che in caso di normativa comunitaria direttamente applicabile o direttamente efficace, «il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza dovere chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»⁹⁹.

Orbene, a seguito di questa chiara statuizione della CGCE, la Corte costituzionale ha sostanzialmente riconosciuto il carattere preminente del diritto CE ampiamente inteso, seppur non condividendo le premesse teoriche della CGCE¹⁰⁰ e facendo piuttosto leva sul disposto dell'art. 11 della Costituzione. Secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale, infatti, «le norme comunitarie direttamente applicabili (o comunque dotate di effetti diretti) prevalgono sulle norme interne con esse contrastanti: non nel senso che queste sono abrogate o derogate, o in qualche modo invalidate o annullate; ma nel senso che il giudice comune deve limitarsi a “non applicarle”, senza proporre (inammissibili)¹⁰¹ questioni di costituzionalità»¹⁰²; se invece si versa al di fuori di questo ambito, non è il giudice che deve riconoscere il carattere preminente del diritto CE poiché in questo caso il giudice *a quo* dovrà sollevare questione di costituzionalità per violazione degli obblighi comunitari *ex art. 11* e, oggi, anche *ex art. 117* della Costituzione.

Com'è facile evincere, da un punto di vista generico, l'antinomia è

⁹⁸ CGCE, 9 marzo 1978, C-106/77, *Amministrazione Finanze c/Simmenthal*.

⁹⁹ CGCE, 9 marzo 1978, C-106/77, *Amministrazione Finanze c/Simmenthal*, punto 4.

¹⁰⁰ La diversità di premesse teoriche tra le due Corti è richiamata da F. BILE, *Introduzione*, in *Diritto Comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 20 Aprile 2007*, Milano, 2008, p. IX, il quale, alla luce dello sviluppo della giurisprudenza della Consulta, afferma che la Corte «italiana considera gli ordinamenti statale e comunitario come *autonomi e distinti pur se coordinati* (sentenza n. 183 del 1973); quella europea parte invece da una logica monista, che comporta la loro integrazione».

¹⁰¹ L'inammissibilità è evidenziata da M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 74.

¹⁰² F. BILE, *Introduzione*, in *Diritto Comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 20 Aprile 2007*, Milano, 2008, X.

quindi sempre risolta a favore del diritto comunitario, appunto perché è un diritto preminente; è piuttosto la modalità di risoluzione dell'antinomia ad essere differente. Ricapitolando, infatti, è il giudice nazionale a riconoscere il carattere preminente del diritto CE, senza dovere sollevare (l'inammissibile) questione di legittimità costituzionale, nelle ipotesi in cui il diritto comunitario sia direttamente applicabile o ad effetti diretti, perché di fronte alla competente norma europea «l'ordinamento interno si ritrae e non è più operante»¹⁰³. Quando invece la normativa comunitaria non sia direttamente applicabile o direttamente efficace, il giudice *a quo*, non potendo risolvere autonomamente la controversia, deve sollevare questione di costituzionalità della norma interna per violazione degli impegni comunitari *ex artt.* 11 e 117 della Costituzione¹⁰⁴.

Con la sentenza *Granital* – della quale è stato giustamente evidenziato il «valore pratico irrinunciabile» – si è dunque giunti ad «adattare il funzionamento del sistema di giustizia costituzionale del nostro paese all'esigenza di garantire la piena osservanza del diritto comunitario, la sua efficacia diretta e il suo primato nei riguardi del diritto nazionale, secondo i criteri espressi dalla Corte di giustizia»¹⁰⁵. È per queste ragioni, quindi, che in dottrina si parla di vera e propria «modifica *de facto* del sistema delle fonti»¹⁰⁶.

¹⁰³ Corte costituzionale, sentenza n. 285 del 1990 in cui si afferma che «il potere-dovere del giudice di applicare la norma comunitaria anziché quella nazionale (riconosciuto ai giudici dalla sentenza [Granital] n. 170 del 1984 di questa Corte e dalle successive che hanno confermato e sviluppato tale giurisprudenza) non si fonda sull'accertamento di una presunta illegittimità di quest'ultima, bensì sul presupposto che l'ordinamento comunitario è autonomo e distinto da quello interno, con la conseguenza che nelle materie previste dal Trattato CEE la normativa regolatrice è quella emanata dalle istituzioni comunitarie secondo le previsioni del Trattato stesso, fermo beninteso il rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili della persona umana: di fronte a tale normativa l'ordinamento interno si ritrae e non è più operante».

¹⁰⁴ Come osservato, infatti, «la tutela giudiziaria diffusa [del giudice *a quo*] funziona solo se e fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca con una normazione compiuta ed immediatamente applicabile. Altrimenti, le regole nazionali incompatibili con il diritto comunitario soggiacciono al regime previsto per l'atto del legislatore ordinario, ivi incluso il controllo di costituzionalità spettante alla Consulta» A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 2432.

¹⁰⁵ Così V. ONIDA, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto Comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 20 Aprile 2007*, Milano, 2008, p. 45.

¹⁰⁶ R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 41 e ss.

Ma al di là di questo, la *ratio* tecnica della motivazione della sentenza *Granital* sembra piuttosto agile da comprendere se si riflette sui diversi presupposti di operatività nell'individuare il giudice nazionale competente a risolvere l'antinomia tra diritto CE e diritto nazionale. L'antinomia, infatti, deve essere risolta dal giudice *a quo*, qualora il diritto comunitario offra una specifica *regula iuris* per risolvere il caso concreto; in caso contrario invece e cioè quando il diritto comunitario non preveda una precisa *regula iuris* (e cioè: una normativa immediatamente applicabile perché direttamente applicabile o a efficacia diretta) ai fini della risoluzione del caso concreto, sarà il giudice costituzionale ad individuare la regola di giudizio in modo uniforme per tutti i giudici nazionali.

La soluzione individuata dalla Consulta appare quindi riconoscere sempre il carattere preminente del diritto comunitario sul diritto nazionale, nel complesso scongiurando il rischio di soluzioni differenziate sul territorio nazionale che potrebbero facilmente verificarsi qualora ciascun giudice nazionale potesse risolvere autonomamente l'antinomia tra regole comunitarie sfornite della precisa *regula iuris* e diritto nazionale.

2.2. Il principio di fedeltà comunitaria.

La mancanza nei Trattati istitutivi di disposizioni relative al sistema sanzionatorio comunitario potrebbe ingenerare equivoci o essere fuorviante; essa tuttavia non deve essere intesa quale indice di disinteresse dell'ordinamento comunitario verso questo settore, ma significa solo che la competenza a sanzionare le violazioni del diritto comunitario è, «nella stragrande maggioranza dei casi»¹⁰⁷, degli Stati membri i quali, tramite il proprio sistema giuridico e le proprie risorse sanzionatorie nazionali, sono i soggetti competenti a sanzionare le violazioni del diritto comunitario.

L'integrazione comunitaria fino ad oggi maturata tramite la generica

¹⁰⁷ Così B. SWART, *From Rome to Maastricht and Beyond: The problem of Enforcing Community Law*, in C. HARDING-B. SWART (a cura di), *Enforcing European Community Rules*, Aldershot- Dartmouth, 1996, p. 4, il quale, inoltre, afferma che «it is incumbent on Member States to enforce Community law themselves. Their duty to do so has as its basis Article 10 of the EC Treaty, declaring that shall taken all appropriate measures to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Treaty».

obbligazione di fedeltà comunitaria prevista all'art. 10 del Trattato¹⁰⁸ dimostra che gli Stati membri sono stati notevolmente, ma indirettamente, obbligati dalla Comunità nell'esercizio dell'attività sanzionatoria. L'art. 10 TCE prevede, infatti, che «Gli stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. *Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato*».

Tramite questa disposizione, quindi, l'effettività del diritto CE nel territorio degli Stati membri, malgrado il silenzio dei Trattati istitutivi sul punto, è stata posta al sicuro in tutti i suoi aspetti¹⁰⁹ in quanto essa fa obbligo agli Stati membri di rispettare il diritto comunitario primario e derivato; obbligo a contenuto sia *negativo* che *positivo* e che si colora, in concreto, in base alla contingenza dei contenuti dei singoli atti di diritto comunitario derivato. In questa direzione, infatti, la CGCE ha affermato che l'art. 10 TCE «stabilisce un obbligo il cui contenuto concreto dipende, in ciascun caso particolare, dalle disposizioni del Trattato o dai principi generali in esso contenuti»¹¹⁰.

2.2.1. Principio di sincera cooperazione e obbligo per gli Stati membri di predisporre un regime di attuazione nazionale dei precetti CE comunitariamente conforme.

La Corte di giustizia, chiarificando il generico contenuto dell'obbligazione di fedeltà comunitaria di cui prima, ha notevolmente influito sulle modalità con cui gli Stati membri hanno tutelato nei propri

¹⁰⁸ Su tale principio si è sviluppata una produzione scientifica sconfinata; ai fini che qui interessano si segnala N. HAEKKERUP, *Controls and Sanctions in the EU law*, Copenhagen, 2001, p. 172.

¹⁰⁹ Così A.H. KLIP, *European Criminal Law: An Integrative Approach*, Antwerpen, 2009, p. 62, secondo cui tramite il principio di sincera cooperazione «the effectiveness of Union law is secured in all aspects: implementation of Union measures into national law, enforcement of union legislation, cooperation with the Commission and cooperation with law enforcement authorities of other Member States».

¹¹⁰ CGCE, 8 giugno 1971, C-78/70, *Deutsche Gramophon*. In dottrina, sul punto, v. R. MASTROIANNI, *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il caso del «falso in bilancio»*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, p. 632.

territori i precetti di matrice comunitaria; la CGCE, infatti, ha enucleato e imposto agli Stati membri quello che – a partire dalla sentenza sul *Mais greco* e da qui in avanti – sarà chiamato *obbligo di attuazione nazionale conforme del diritto CE*¹¹¹ e che costituisce l'ulteriore volano, unitamente al carattere preminente del diritto CE, del processo di europeizzazione degli strumenti di attuazione nazionale del diritto CE.

Trattasi di obbligo alla cui affermazione la CGCE è pervenuta tramite due fondamentali snodi giurisprudenziali con cui si è ampliata l'incidenza del diritto comunitario sul diritto sanzionatorio nazionale¹¹².

La CGCE ha infatti affermato nel caso *Amsterdam Bulb* che «qualora la normativa comunitaria non commini sanzioni particolari a carico dei singoli che non si conformino a quanto da essa disposto, gli Stati membri hanno *la facoltà* di stabilire le sanzioni che ritengano opportune»¹¹³; successivamente invece la CGCE, tornando sulla precedente sentenza rielaborandone i principi, configura come oggetto di un vero e proprio obbligo di tutela comunitaria quello che era stato riconosciuto come l'oggetto di una facoltà. Nella sentenza sul *Mais greco* si afferma infatti che «Qualora una disciplina comunitaria non contenga una specifica norma sanzionatoria di una violazione o che rinvii in merito alle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative nazionali, l'art. 5 [oggi art. 10] del trattato impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario. A tal fine, pur conservando la scelta delle sanzioni, essi devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura e per importanza e che in ogni caso conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva. Inoltre, le autorità nazionali devono procedere nei confronti delle violazioni del diritto comunitario con la stessa

¹¹¹ Cfr J.A.E. VERVAELE, *L'europeizzazione del diritto penale e la dimensione penale dell'integrazione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, p. 131.

¹¹² In dottrina sul punto v. A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, p. 81.

¹¹³ CGCE, 2 febbraio 1977, causa 50/76, *Amsterdam Bulb*, punto 33.

diligenza usata nell'esecuzione delle rispettive legislazioni nazionali»¹¹⁴.

Con la sentenza sull'*affaire* del Mais greco e sulla base dell'art. 10 TCE, quindi, la CGCE ha raggiunto un duplice risultato: da un lato ha imposto un'obbligazione di risultato in capo agli Stati Membri (*rectius*: obbligo predisporre un regime di attuazione nazionale del diritto CE); dall'altro lato ha individuato taluni parametri comunitari tramite cui valutare l'adempimento di detto obbligo da parte degli Stati e cioè quelli di assimilazione¹¹⁵, proporzione, deterrenza e dissuasività¹¹⁶.

Ciò comporta, dunque, che gli Stati membri non soltanto sono obbligati ad individuare un regime nazionale di attuazione del diritto CE, ma anche ad attuare all'interno del proprio ordinamento il diritto comunitario in modo *adeguato e conforme* rispetto ai parametri statuiti dalla CGCE.

Si è così raggiunta una situazione di compromesso tale per cui, se da un lato gli Stati membri sono "liberi" di scegliere le forme di tutela da apprestare al fine di salvaguardare nazionalmente il diritto comunitario, dall'altro lato invece sono obbligati a rispettare i parametri comunitari specificamente individuati dalla CGCE seppur sulla base della generica obbligazione di risultato prevista dall'art. 10 TCE.

A tal riguardo è stato opportunamente evidenziato che l'inadeguatezza del regime di attuazione nazionale e quindi la violazione dell'art. 10 TCE nel predisporre il regime di attuazione nazionale del diritto CE, può manifestarsi in tre diverse ipotesi: nel caso in cui il regime di attuazione nazionale preveda «una disciplina sanzionatoria nel suo complesso troppo severa»; nell'ipotesi in cui il regime di attuazione nazionale sia «sproporzionato per difetto ovvero, più in generale, ad una disciplina punitiva troppo indulgente»; infine, nel caso in cui «la disciplina sanzionatoria nazionale risultasse in un primo momento adeguata [...], per divenire poi, a causa di una successiva riforma del legislatore interno,

¹¹⁴ CGCE, 21 settembre 1989, C-68/88, *Commissione c. Grecia*, punti 2 e 3.

¹¹⁵ Sulla diversa modulazione delle clausole di assimilazione, «a seconda che consistano in (di per sé meno incisivi) *obblighi* comunitari di assimilazione o in (ben più pregnanti) norme di incriminazione *self-executing*» v. G. DE VERO-G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, p. 62;

¹¹⁶ Sul punto v. BERNARDI, *L'europaizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 26.

sproporzionate per eccesso e per difetto»¹¹⁷.

Sotto altro aspetto, occorre rilevare che l'obbligo di risultato che grava sugli Stati Membri investe tutta la normativa comunitaria, a prescindere da indicazioni di tutela esplicite da parte della medesima normativa comunitaria oggetto di tutela. Detto in altri termini, l'obbligo di risultato enucleato sulla base dell'art. 10 TCE in capo agli Stati membri – di garantire a corredo della normativa comunitaria una tutela comunitariamente adeguata – costituisce un'autonoma e indipendente obbligazione di carattere *accessorio* che prescinde da indicazioni espresse di tutela contenute dalla normativa comunitaria stessa¹¹⁸.

Come avremo modo di vedere, infatti, la *richiesta* di tutela della normativa comunitaria, oltre ad avere carattere implicito come fin qui affrontato, può essere *espresa* nell'atto comunitario stesso richiedendo l'adozione nazionale di sanzioni «adeguate», «proporzionate» e/o «deterrenti» tramite apposite clausole di tutela¹¹⁹.

Le due ipotesi, sebbene non comportino sostanziali differenze nella dimensione pratica, devono tuttavia essere ben differenziate, in quanto affermare che l'obbligo d'attuazione nazionale comunitariamente conforme è implicito e sotteso ad ogni normativa comunitaria, significa anche affermare che la richiesta espresa di tutela da parte di una normativa comunitaria, se prevista, ha mero valore declaratorio.

Il valore e l'importanza di tale distinguo risiedono dunque nel fatto che il principio di sincera cooperazione e il relativo obbligo di attuazione nazionale conforme del diritto CE – che rappresentano il precedente logico e giuridico di eventuali clausole di tutela previste da atti di diritto derivato e che rendono la *richiesta di tutela espresa* prevista da atti comunitari come

¹¹⁷ Così A. BERNARDI, *Falso in bilancio e diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 372. In argomento – principio di leale collaborazione e adeguatezza del regime di attuazione nazionale – v. anche R. MASTROIANNI, *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il caso del «falso in bilancio»*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, p. 628.

¹¹⁸ V. ad esempio C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in C. RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, p. 146; R. MASTROIANNI, *Sanzioni nazionali per violazioni del diritto comunitario: il caso del «falso in bilancio»*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, p. 641.

¹¹⁹ Cfr. A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 23 e l'ampia giurisprudenza della CGCE lì richiamata.

meramente *declaratoria di un obbligo già esistente di per sé*¹²⁰ – riposano direttamente sull'art. 10 TCE, al quale la CGCE ha riconosciuto «il rango di autonoma fonte di un generale obbligo di risultato circa la predisposizione di una tutela adeguata agli interessi della costruzione comunitaria»¹²¹ pur in assenza di espresse indicazioni di tutela da parte degli atti comunitari¹²².

2.2.2. Giudice nazionale e principio dell'interpretazione conforme.

Ma il vero fulcro del processo di integrazione comunitaria è che connota «la specificità dell'ordinamento comunitario nei relativi rapporti di integrazione con gli ordinamenti nazionali» e il principio dell'interpretazione conforme, anch'esso di matrice giurisprudenziale, al pari del principio della preminenza e dell'effetto diretto, e che per un verso, è estrinsecazione indiretta del principio di preminenza¹²³ e, per altro verso, è una forma di applicazione specifica dell'obbligo di sincera cooperazione *ex art. 10 TCE*¹²⁴.

Nella sua portata sostanziale, il suo contenuto è per certi aspetti diametralmente opposto rispetto a quello dell'efficacia diretta della normativa comunitaria chiara, precisa e autosufficiente; in quest'ultimo caso, infatti, il giudice nazionale non applica la normativa interna contrastante con il diritto CE direttamente efficace; nel caso di interpretazione conforme¹²⁵, invece, il giudice nazionale applica la norma

¹²⁰ Così R. SICURELLA, *“Eppur si muove!”: alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione europea*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, p. 203; C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in C. RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, p. 146.

¹²¹ Così R. SICURELLA, *“Eppur si muove!”: alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione europea*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, p. 204.

¹²² Cfr., ad es., C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in C. RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, p. 141.

¹²³ Sul punto v. Cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenza dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela di beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 35.

¹²⁴ Cfr. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2007, p. 204.

¹²⁵ L'obbligo non sorge precedentemente alla scadenza del termine imposto per l'attuazione nazionale, sul punto v. Inoltre, oggi l'obbligo di interpretazione conforme riguarda anche i testi normativi emanati precedentemente all'emanazione dell'atto comunitario stesso. Sul

interna, ma la interpreta tramite la lente del diritto comunitario. Questo principio istituzionale della costruzione comunitaria se, da un lato, fa indossare al giudice nazionale la veste di giudice comunitario¹²⁶, dall'altro lato pone il diritto penale in una posizione particolare. In considerazione della singolarità del diritto penale, la CGCE, nel susseguirsi del *case law*, ha infatti affermato che il giudice che proceda ad una interpretazione conforme del diritto interno deve rispettare «i principi generali del diritto comunitario e in particolare quelli della certezza del diritto e dell'irretroattività»; la stessa ha inoltre specificato «che una direttiva non può avere l'effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscano in violazione delle sue disposizioni»¹²⁷.

Da questa prima sentenza già traluce dunque, anticipando quanto si esporrà successivamente, il valore del principio di legalità penale quale espressione di un diritto fondamentale anche nell'ordinamento comunitario. Il principio della interpretazione conforme infatti, mettendo a nudo le potenzialità dell'intersezione tra diritto comunitario e diritto penale nazionale, sembra avere contribuito a far emergere a livello sopranazionale il centrale problema del rispetto dei diritti e delle garanzie per gli individui nell'applicazione della legge penale (nazionale).

2.2.3. Giustiziabilità dell'obbligo comunitario di attuazione nazionale conforme del diritto CE; la procedura di infrazione.

Il rispetto del diritto comunitario a livello nazionale – oltre che dall'obbligo per gli Stati membri di predisporre un *regime nazionale di attuazione comunitariamente conforme del diritto CE* e all'obbligo di interpretazione conforme, nei termini adesso precisati, per il giudice nazionale – è garantito dall'operare congiunto di due istituzioni comunitarie: la Commissione e la CGCE; in breve, dalla giustiziabilità, per loro tramite, dell'obbligo comunitario di attuazione nazionale conforme di

punto v. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2007, p. 204.

¹²⁶ Al riguardo ci si riferisce comunemente alla espressione «Giudice comunitario di diritto comune».

¹²⁷ CGCE, C- 80/86, 8 ottobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*.

cui all'art. 10 TCE tramite la procedura di infrazione.

La Commissione, infatti, supervisiona l'attività degli Stati su un triplice livello¹²⁸: attuazione del diritto CE; predisposizione di un regime di attuazione nazionale del diritto CE adeguato ai parametri della CGCE; infine, attivando procedure (di infrazione o di inadempimento) contro gli Stati che abbiano commesso delle violazioni del diritto comunitario. In particolare, dalla prospettiva d'indagine del principio di legalità, è interessante soffermarsi sulla giustiziabilità dell'obbligo di predisposizione di un regime di attuazione nazionale in modo comunitariamente conforme.

Come già evidenziato, gli obblighi comunitari godono di un alto grado di considerazione all'interno dell'ordinamento nazionale: la stessa Corte costituzionale ha sottolineato che essi sono «espressione di un preciso indirizzo normativo, rigidamente vincolante, al quale il nostro legislatore non potrebbe sottrarsi»¹²⁹. E proprio a tutela di ciò è posta la giustiziabilità degli obblighi comunitari e la carica fortemente deterrente di cui è munita la procedura di infrazione.

Quest'ultima, che consiste nell'accertamento giurisdizionale – da parte della CGCE e a seguito di una procedura piuttosto complessa – dell'inadempimento di un obbligo comunitario su istanza della Commissione o di uno Stato membro, può dare luogo all'applicazione di sanzioni che consistono in una somma forfetaria e in una penalità di mora adeguate alla gravità e alla persistenza dell'inadempimento. Com'è possibile leggere sul sito ufficiale del Dipartimento delle politiche comunitarie incardinato presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri¹³⁰, «Nella sentenza del 12 luglio 2005 (causa C-304/02, Commissione c. Francia), la Corte di Giustizia ha chiarito che la somma forfetaria e la penalità di mora

¹²⁸ Sul punto v. A. KLIP, *European Criminal Law: An Integrative Approach*, Antwerpen-Oxford, 2009 p. 62; A. KLIP, *European integration and harmonisation and criminal law*, in *European Integration and Law. Four Contributions on the interplay between European Integration and European and National Law to celebrate the 25th Anniversary of Maastricht University's Faculty of Law*, Antwerpen, 2006, p. 111.

¹²⁹ Corte costituzionale, 3 febbraio 2000, n. 31; per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sul punto v. C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 171. Con riferimento a tale sentenza v. anche R. SICURELLA, *Diritto penale e competenza dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela di beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 232.

¹³⁰ <http://www.politichecomunitarie.it/attivita/15137/cose-una-procedura-dinfrazione>

possono essere inflitte cumulativamente, in particolare laddove la violazione del diritto comunitario si sia protratta per lungo tempo e sia incline a persistere. La Comunicazione della Commissione sull'applicazione dell'articolo 228 (SEC 2005 (1658)) ha, poi, inasprito le sanzioni pecuniarie per mancato adeguamento alla sentenza della Corte di Giustizia che riconosce l'inadempimento dello Stato rispetto agli obblighi imposti dal diritto comunitario. Per l'Italia è stata fissata una somma forfetaria minima di 9.920.000 euro, mentre la penalità di mora per il nostro Paese può oscillare tra 22.000 e 700.000 euro per ogni giorno di ritardo nell'attuazione della seconda sentenza, a seconda della gravità dell'infrazione»¹³¹.

Come si capisce dall'entità delle sanzioni comunitarie adesso richiamate e calibrate in funzione dei diversi PIL nazionali, in caso di inadempimento di obblighi comunitari e nonostante questi siano connotati da una scarsa effettività (nel senso che l'inerzia del legislatore nazionale non è superabile dall'ordinamento comunitario¹³²), è indiscutibilmente sotto gli occhi di tutti la enorme portata deterrente che tali tipi di sanzioni sono in grado di esplicare sui legislatori nazionali¹³³. Detto in altri termini, visto che un obbligo è tanto più cogente quanto più giustiziabile, l'esosità delle sanzioni menzionate proietta la vincolatività dell'obbligo in zone al sicuro da sviamenti rispetto agli interessi dell'azione comunitaria.

In definitiva, quindi, la procedura di infrazione sostanzialmente produce l'effetto di evitare che le obbligazioni assunte a livello sopranazionale siano *de facto* rimesse alla "buona volontà degli Stati" come tradizionalmente avviene per le obbligazioni di matrice internazionalistica.

¹³¹ Cfr. <http://www.politichecomunitarie.it/attivita/15137/cose-una-procedura-dinfrazione> visitato il 18.07.09.

¹³² In dottrina al riguardo si parla di «insostenibile leggerezza dell'essere degli obblighi comunitari di tutela» dato che «in nessun caso l'eventuale condanna per inadempimento dello Stato» può «tradursi in una automatica sostituzione o modifica della disciplina sanzionatoria nazionale comunitariamente illegittima»: così R. SICURELLA, *Diritto penale e competenza dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela di beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 230.

¹³³ Se i dati sono giusti, la penalità di mora per il nostro paese può oscillare, mensilmente, da un minimo di 660.000 di € ad un massimo di 21.000.000 di €; annualmente, invece, da un minimo di 7.920.000 di € a 252.000.000 di €. In entrambi i casi, ovviamente, sarebbe da aggiungere la somma forfetaria minima di 9.920.000 di €.

CAPITOLO TERZO

LA COMPETENZA PUNITIVA INDIRETTA DELLA CE E L'EVENTUALE ARMONIZZAZIONE INDIRETTA ED INCIDENTALE DEL DIRITTO PENALE NAZIONALE DEGLI STATI MEMBRI: L'EMERSIONE E IL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE NAZIONALE.

3.0. La competenza punitiva indiretta della CE. – 3.1. L'eventuale armonizzazione indiretta e incidentale del diritto penale nazionale, come conseguenza dell'emersione della competenza punitiva indiretta della Comunità. – 3.1.1. *L'armonizzazione negativa del diritto penale nazionale ed il diritto comunitario ad effetti riduttivi del penalmente rilevante.* – 3.1.2. *L'indiretta armonizzazione positiva del diritto penale e il rispetto del principio di legalità penale nazionale.* – 3.1.2.1. *Adempimento da parte del legislatore nazionale dell'obbligo comunitario di tutela adeguata e rispetto del principio di legalità penale nazionale.* – 3.1.2.2. *Inadempimento originario dell'obbligo comunitario di tutela adeguata e rispetto del principio di legalità penale nazionale.* – 3.1.2.3. *Inadempimento successivo e rispetto del principio di legalità nazionale.*

3.0. La competenza punitiva indiretta della CE.

Fino ad ora si è esposto il processo di europeizzazione degli strumenti di attuazione nazionale del diritto comunitario (i cui volani, giova ricordare, sono stati il carattere preminente e l'obbligo di attuazione nazionale del diritto CE), evidenziando i differenti ma congiunti versanti su cui questo processo si è sviluppato: il formante giurisprudenziale, da un lato, e il formante legislativo¹³⁴, dall'altro.

¹³⁴ In aggiunta a quanto precedentemente esposto si tenga presente che «A partire dagli anni '80, il legislatore comunitario ha armonizzato notevolmente i meccanismi di attuazione a livello nazionale, attraverso la definizione di standard normativi (divieti, doveri, obblighi di vigilanza)...»: così J.A.E. VERVAELE, *L'europeizzazione del diritto penale e la dimensione*

Come già detto, i Trattati istitutivi, oltre a non prevedere una competenza penale della Comunità¹³⁵, non hanno riconosciuto neanche una generica competenza punitiva dell'ente sopranazionale che però a ben guardare, è *de facto* rinvenibile, nei suoi tratti fondamentali, nell'obbligo per gli Stati aderenti di predisporre un regime di attuazione del diritto CE comunitariamente conforme¹³⁶.

In altri termini, è certamente vero che il silenzio dei Trattati al riguardo ha escluso un riconoscimento espresso e “*de jure*” di una competenza punitiva comunitaria e, penalisticamente parlando, la competenza a creare precetti e sanzioni penali ovvero a disciplinare direttamente il diritto penale; e tuttavia, esso non ha escluso che l'uropeizzazione degli strumenti nazionali di attuazione del diritto CE, tramite l'obbligo per gli Stati membri di predisporre un regime di tutela comunitariamente adeguato dei precetti CE *ex art. 10 TCE*, comportasse il riconoscimento “*de facto*” di una competenza punitiva indiretta in capo alla Comunità, intesa appunto come obbligo per gli Stati Membri di tutelare i precetti di origine comunitaria ovvero, specularmente, di sanzionare le violazioni del diritto CE all'interno del proprio ordinamento.

Il processo di europeizzazione degli strumenti nazionali di attuazione del diritto CE e, in particolare, l'obbligo di attuazione nazionale del diritto CE in senso comunitariamente conforme, hanno introdotto nel sistema comunitario una competenza indiretta e “incolore” (civile, amministrativa ovvero penale), ma di indubbio segno punitivo, che ha aperto le porte del diritto punitivo dello Stato alla Comunità. Come già esposto, infatti, l'art. 10 del TCE – perchè la Comunità è soggetto competente per materia e non per

penale dell'integrazione europea, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, p. 131.

¹³⁵ Cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenza dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela di beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 14; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, p. 45; V. MITSILEGAS, *Eu criminal law*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 9.

¹³⁶ Generalmente al riguardo si parla di “competenza penale indiretta”; cfr., ad esempio, A. BERNARDI, *Brevi osservazioni in margine della sentenza della corte di Giustizia*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del «favor rei». Il falso in bilancio davanti alla corte costituzionale e di Giustizia*, p. 39; analogamente, v. C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 192.

settori del diritto¹³⁷ – riconosce all’ordinamento comunitario il potere di imporre agli Stati membri l’obbligo di adottare tutte le misure necessarie per garantire la portata e l’efficacia della normativa comunitaria¹³⁸. Gli Stati membri, per converso, sono obbligati a predisporre un regime di attuazione nazionale comunitariamente conforme e ciò anche nelle ipotesi in cui la normativa comunitaria non espliciti un’espressa indicazione in tal senso.

Queste brevi constatazioni palesano l’innegabile competenza punitiva *indiretta* del sistema giuridico comunitario: la Comunità infatti, obbligando gli Stati a tutelare un precetto CE in modo comunitariamente conforme, non solo individua il precetto nei suoi elementi costitutivi essenziali, ma inoltre obbliga i legislatori nazionali a predisporre norme sanzionatorie, quale che ne sia la natura, purché siano comunitariamente adeguate.

L’individuazione in concreto della sanzione da assegnare ad una violazione del diritto comunitario è dunque, fino a questo momento, di competenza esclusiva degli Stati Membri, nel senso che saranno questi ultimi ad individuare nel dettaglio sia il tipo che l’entità della sanzione per la violazione della normativa CE, secondo i criteri e i vincoli di cui alla sentenza sul *Mais greco*.

In base all’obbligo di fedeltà comunitaria in capo agli Stati membri è posta quindi una “obbligazione di risultato” che lascia libera la scelta tra il ricorso alla tutela civile, amministrativa, punitiva amministrativa ovvero penale. E tuttavia la CGCE, pur non riconoscendo il potere comunitario di indicare il tipo e l’entità della tutela, ha enucleato i due parametri neutri della proporzionalità (sanzioni effettive, adeguate alla gravità del fatto e dissuasive) e dell’assimilazione. Trattasi di parametri la cui lettura

¹³⁷ Sul punto, v. CGCE, C-82/71, 21 marzo 1972, *Società agricola industria latte*, punto 3, secondo cui «l’efficacia del diritto comunitario non può variare a seconda dei diversi settori del diritto nazionale nei quali esso può spiegare gli effetti»; v. anche C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell’ordinamento comunitario*, in C. RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, p. 134, la quale evidenzia che «La competenza attribuita dai trattati istitutivi alle istituzioni comunitarie è quella di disciplinare una determinata materia, quando non un intero settore. Non si pongono ulteriori problemi di “etichetta” e di natura delle norme mediante le quali una certa materia è disciplinata».

¹³⁸ Sul punto, v. G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, p. 171 e p. 172.

congiunta potrebbe creare dei “cortocircuiti normativi” sicché in dottrina¹³⁹, proprio al fine di evitare possibili contrasti o conflitti tra gli stessi, si è posto in luce che l'assimilazione rappresenta lo «zoccolo minimo di protezione», da superare nei casi in cui ciò si renda necessario per predisporre un regime nazionale adeguato, proporzionale e dissuasivo.

Soluzione interpretativa questa, che ricalca l'affermazione della sentenza sul *Mais greco* secondo cui «pur conservando la scelta delle sanzioni, essi [Stati] devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva»¹⁴⁰.

Peraltro, nel ricostruire i confini della indiretta competenza punitiva comunitaria, emersa dal processo di europeizzazione degli strumenti nazionali di attuazione del diritto comunitario e, in particolare, dall'obbligo per gli Stati Membri di predisporre un regime di attuazione nazionale dei precetti CE, assume centrale rilievo la circostanza che le scale di valore su cui si devono modulare i due giudizi di assimilazione e di proporzione sono entrambe di matrice nazionale¹⁴¹. Fino a questo momento, del resto, la Comunità non ha mai avuto competenza penale: essa è stata fin qui incompetente sia a disciplinare la materia penale che ad imporre il ricorso al diritto penale, e cioè sia nella creazione di fattispecie penali (nelle due componenti del precetto e della sanzione), che nell'imposizione espressa agli Stati di tale forma di tutela per le violazioni del diritto CE. Insomma, è il legislatore nazionale che, anche se vincolato dall'obbligo di predisporre un regime di attuazione adeguato ai parametri comunitari ora individuati,

¹³⁹ Così G. GRASSO, *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una «politica criminale europea?»*, in *L'indice penale*, n. 27, 1993, p. 80.

¹⁴⁰ CGCE, C-68/88, 21 settembre 1989, *Commissione c. Grecia*, punto 24

¹⁴¹ Sul punto v. C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in C. RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, p. 147, la quale, al riguardo, afferma che «il tipo di sanzione – e quindi il livello di tutela – dipende più dai caratteri dell'ordinamento interno in rapporto alla “richiesta di tutela” comunitaria in quello specifico settore sul quale l'atto comunitario incide, che da una specifica “competenza” penale – per quanto indiretta – delle istituzioni comunitarie».

sceglie in concreto quale strumento di tutela si attagli meglio al proprio ordinamento giuridico, verosimilmente in considerazione della propria tradizione giuridica.

In base a tali considerazioni può dunque affermarsi che la europeizzazione degli strumenti nazionali di attuazione del diritto CE, quale prima stagione del diritto penale europeo, ha fatto emergere una *competenza punitiva indiretta* a favore delle Comunità, tramite l'obbligazione comunitaria, rivolta agli Stati, di predisporre un regime di attuazione nazionale dei precetti CE comunitariamente conforme; competenza punitiva indiretta che però può trasfigurare in una competenza penale indiretta in base a scelte e scale di valore nazionale.

A tal riguardo è stato opportunamente osservato che la predisposizione di un regime nazionale di attuazione comunitariamente conforme concretizza «una obbligazione di risultato la cui concreta articolazione, *in ipotesi*, può assumere, *in base alle scelte nazionali e ai beni e ai vincoli comunitari predeterminati*, anche i caratteri di un vero e proprio obbligo di penalizzazione»¹⁴².

Ed infatti, se è vero che la Comunità gode di una mera competenza punitiva indiretta e, quindi, di una competenza “incolore”, non è tuttavia meno vero che, in base all'obbligazione di sincera cooperazione in sede di attuazione nazionale dei precetti comunitari, i vincoli imposti dal sistema giuridico comunitario ai sistemi nazionali possono assumere diversa intensità, tenuto conto della contingenza dei diversi precetti da tutelare¹⁴³.

La trasfigurazione, quindi, dell'obbligo di proibire le violazioni del diritto comunitario in un obbligo di incriminare non è incentrata solo sulla tradizione giuridica nazionale di riferimento, poiché anche il sistema giuridico comunitario può esercitare pressioni affinché gli Stati ricorrano al diritto penale per tutelare i precetti CE e, per tal via, influenzare la scelta

¹⁴² G. GRASSO, *Diritto comunitario e diritto interno: profili penali*, in *Diritto comunitario e diritto interno, Atti del Seminario svolto in Roma, Palazzo della Consulta, 20 Aprile 2007*, Milano, 2008, p. 276. Corsivo aggiunto.

¹⁴³ Al riguardo, infatti, R. MASTROIANNI, *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il caso del «falso in bilancio»*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, p. 632, afferma che l'art. 10 TCE vincola gli Stati imponendo loro «comportamenti che si concretizzano in maniera differente a seconda della natura dell'obbligo sostanziale al quale si accompagnano, ma che debbono in ogni caso risultare “adeguati” al raggiungimento degli scopi propri dell'integrazione comunitaria».

nazionale tra le possibili opzioni di tutela (e così la politica criminale nazionale degli Stati Membri).

A titolo esemplificativo di quanto adesso affermato, basta richiamare la prima direttiva in materia di riciclaggio¹⁴⁴ o la direttiva concernente le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate¹⁴⁵ («*insider trading*») che, pur prevedendo un generico obbligo di tutela (obbligo di proibire), è stata letta dalla dottrina nazionale come «obbligante ad una natura penale»¹⁴⁶. Entrambe tali direttive infatti, definendo i rispettivi precetti nei loro elementi costitutivi essenziali e obbligando il legislatore nazionale ad adottare norme sanzionatorie comunitariamente conformi, hanno «sollecitato» il legislatore nazionale a ricorrere al diritto penale in base ad *argomentazioni di carattere sia logico che testuale*¹⁴⁷.

Ciò posto, occorre peraltro evidenziare che tale possibilità che la Comunità “solleciti” la criminalizzazione non deve essere intesa come una parziale e indiretta competenza penale a favore della Comunità stessa; sebbene sia possibile che l’obbligo di sanzionare si traduca in un obbligo di penalizzare, sono infatti sempre e soltanto gli Stati che, anche se “pressati” da istanze Comunitarie, individuano in concreto il regime nazionale di attuazione da accordare alle violazioni del diritto CE. In altri termini, nonostante la “sollecitazione” comunitaria alla penalizzazione, gli Stati membri sono formalmente liberi nell’individuare il regime di attuazione del precetto CE; residua infatti pur sempre la possibilità di predisporre un regime attuativo nazionale comunitariamente conforme, senza ricorrere necessariamente al diritto penale. Ciò deriva, ancora una volta, dalla circostanza che la Comunità non ha competenza per imporre il ricorso al diritto penale (ma solo per “sollecitarlo”); prova ne sia, significativamente, che «non è mai stato promosso un ricorso di infrazione per non avere uno Stato previsto la sanzione penale per il caso di violazione di una norma

¹⁴⁴ Direttiva 91/308/CEE del Consiglio.

¹⁴⁵ Direttiva 89/592/CEE del Consiglio.

¹⁴⁶ Sul punto v. C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell’ordinamento comunitario*, in C. RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, p. 139, nota 18.

¹⁴⁷ Gli esempi e la tesi della sollecitazione alla tutela penale in base ad argomenti a carattere logico e testuale sono di S. MANACORDA, *L’efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro italiano*, Parte IV-3, 1995, p. 65.

interna posta in attuazione di una norma comunitaria»¹⁴⁸.

3.1. L'eventuale armonizzazione indiretta e incidentale del diritto penale nazionale, come conseguenza dell'emersione della competenza punitiva indiretta della Comunità.

Da quanto ora esposto circa la possibile trasfigurazione dell'obbligo comunitario indiretto di tutela (obbligo di proibire) in un obbligo indiretto di penalizzazione (obbligo di criminalizzare), già emerge in filigrana l'eventuale processo di *incidentale* e di *indiretta* armonizzazione dei sistemi penali degli Stati membri innescato sia dal riconoscimento dell'obbligo per gli Stati membri di predisporre regimi di attuazione nazionale dei precetti CE in senso comunitariamente conforme, sia dal carattere preminente del diritto CE sul diritto nazionale; più in generale, quindi, dalla europeizzazione degli strumenti di attuazione nazionale del diritto comunitario.

Prima di procedere oltre, occorre tuttavia chiarire il significato da attribuire al termine "armonizzazione"¹⁴⁹: questo, infatti, è qui inteso come il movimento delle tradizioni giuridiche dei sistemi penali europei, i quali sono sempre più vicini a causa di disposizioni e di principi comuni (*rectius*: in base alla europeizzazione degli strumenti nazionali di attuazione e, quindi, sia al carattere preminente del diritto CE che all'obbligo per gli Stati membri di predisporre un regime nazionale di attuazione comunitariamente conforme). L'armonizzazione ha dunque il precipuo effetto di "livellare" parte delle differenze rinvenibili tra sistemi giuridici differenti tanto che la dottrina ritiene che essa sia lo strumento per raggiungere gli obiettivi politici

¹⁴⁸ C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in C. RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, p. 147.

¹⁴⁹ Sulla armonizzazione del diritto penale in Europa v. i diversi contributi pubblicati in E.J. HUSABO-A. STRANDBAKKEN (a cura di), *Harmonization of criminal law in Europe*, Antwerpen-Oxford, 2005; v. anche A. KLIP, *European integration and harmonisation and criminal law*, in *European Intregration and Law. Four Contribution on the interplay between European Integration and European and National Law to celebrete the 25th Anniversary of Maastricht University's Faculty of Law*, Antwerpen-Oxford, 2006, p. 109.

individuati a livello europeo¹⁵⁰.

Tale intendendosi l'eventuale armonizzazione indiretta dei sistemi penali nazionali generata dalla competenza punitiva indiretta emersa in capo alla Comunità, essa è quindi da ricondurre nell'alveo della europeizzazione degli strumenti nazionali di attuazione (principio della preminenza del diritto comunitario, da un lato, e obbligo di predisporre un regime nazionale di attuazione del diritto CE comunitariamente conforme, dall'altro).

L'armonizzazione dei sistemi penali nazionali fin qui maturata è peraltro un processo indiretto e incidentale, che proprio per questo riveste mero carattere eventuale: è *indiretta*, perché la Comunità, non avendo avuto competenza penale, si è limitata a richiedere agli Stati Membri che fossero apprestate tutele nazionali comunitariamente conformi per le violazioni del diritto comunitario, ma la valutazione di necessità della penalizzazione – sebbene, come già visto, possa essere oggetto di “sollecitazioni” da parte della Comunità – è stata in definitiva demandata agli ordinamenti nazionali (competenza punitiva comunitaria incolore); è *incidentale*, perché avviene per un concorso di avvenimenti (competenza comunitaria a prescrivere la tutela di atti comunitari, da un lato, e scelte e scale di valore nazionali, dall'altro); è *eventuale*, perché il ricorso allo strumento penale da parte dei singoli legislatori nazionali è solo una delle possibili opzioni di tutela adottabili all'interno dei singoli ordinamenti statali.

Sulla base di questi rilevi, appare dunque evidente che il presupposto indefettibile perché si possa verificare un caso di armonizzazione dei sistemi penali nazionali è l'integrazione tra il sistema giuridico comunitario e i sistemi penali nazionali, in quanto essa deriva dal congiunto operare di *parametri comunitari* (proporzione e assimilazione) e di *scelte* (individuazione dello strumento di tutela) e di *scale di valore* (la tradizione giuridica nazionale) *nazionali*.

Proprio per questo in uno Stato che ricorre in modo parsimonioso al diritto penale, l'obbligo di tutela si declinerà difficilmente in un obbligo di

¹⁵⁰ Quest'ultima è l'opinione di A. KLIP, *European integration and harmonisation and criminal law*, in *European Integration and Law. Four Contributions on the interplay between European Integration and European and National Law to celebrate the 25th Anniversary of Maastricht University's Faculty of Law*, Antwerpen-Oxford, 2006, p. 110.

penalizzazione; viceversa, in uno Stato in cui l'uso del diritto penale sia largo e frequente, le conclusioni saranno tendenzialmente di segno divergente.

Queste osservazioni, oltre a confermare l'assenza di una competenza penale della Comunità, avvalorano quindi l'assunto secondo cui è stato il legislatore domestico il soggetto che ha scelto in concreto come soddisfare l'«asettica» richiesta di tutela comunitaria, predisponendo e individuando in concreto la norma sanzionatoria di un precetto formulato nei suoi elementi costitutivi essenziali a livello comunitario; inoltre, confermano che la Comunità, a seguito del processo di europeizzazione degli strumenti nazionali di attuazione del diritto CE, è *de facto* titolare di una mera competenza punitiva indiretta (che in via incidentale ed eventuale può trasfigurare in una competenza penale indiretta), e che pertanto la Comunità è stata tradizionalmente priva del potere di creare direttamente fattispecie penali ovvero di prescrivere il ricorso al diritto penale¹⁵¹ (potendo tutto al più «caldeggiare» l'incriminazione di determinate violazioni del diritto comunitario come nei casi già citati del riciclaggio e dell'*insider trading*).

Il diritto comunitario infatti, pur essendo stato titolare di una competenza punitiva, non ha mai potuto svolgere funzione incriminatrice perché ciò, oltre ad esorbitare dalle competenze comunitarie, avrebbe costituito una violazione del *principio di legalità penale nazionale*, (principio del quale si dirà oltre, nel trattare della normativa comunitaria a contenuto espansivo sulla responsabilità penale dei singoli).

Quel che però si deve evidenziare è che il diritto comunitario, sebbene non potesse regolare direttamente il diritto penale, ha tuttavia prodotto effetti riflessi sui sistemi penali nazionali in considerazione di un «complesso di fisiologici snodi connettivi tra ordinamento comunitario e

¹⁵¹ È interessante notare che «Non mancano, tuttavia, atti comunitari che si premurano di fissare in modo preciso la tipologia, l'entità e persino le specifiche finalità delle sanzioni nazionali volte a salvaguardare i precetti da essi introdotti, lasciando quindi un assai ridotto spazio di autonomia al legislatore nazionale. In nessun caso, comunque, i suddetti atti si sono spinti sino a sancire un espresso obbligo in capo agli Stati di introdurre sanzioni formalmente penali: il legislatore «europeo» ha infatti preferito lasciare ai Paesi membri la possibilità di scegliere se far uso di sanzioni di tipo criminale oppure di tipo amministrativo in sede di attuazione del diritto comunitario derivato» A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 21.

sistemi penali nazionali»¹⁵²; e ciò in base ai normali principi che regolano i rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale, e dunque ai principi di preminenza, degli effetti diretti, dell'interpretazione conforme e dell'obbligo nazionale di attuazione conforme del diritto CE.

Il diritto comunitario dunque, se non ha potuto disciplinare il diritto penale perché “privo di competenza in tale settore”¹⁵³, dall'altro lato ha potuto tuttavia interferire con il diritto penale nazionale: sia nell'ipotesi in cui l'oggetto della normativa comunitaria fosse già stato disciplinato penalmente nel sistema giuridico nazionale, sia nel caso in cui il regime nazionale di attuazione del diritto CE – individuato al livello nazionale – avesse fatto ricorso al diritto penale. In entrambe tali circostanze, infatti, si creano i presupposti affinché il diritto comunitario e il diritto penale nazionale possano venire in contatto. Detto in altri termini, il diritto penale non è «impermeabile» al processo di integrazione comunitaria e di europeizzazione degli strumenti nazionali di attuazione del diritto CE¹⁵⁴.

Poste tali considerazioni di ordine generale i rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nazionale possono distinguersi in funzione dell'effetto che il primo può produrre sul secondo e cioè a seconda che la norma comunitaria produca sulla norma penale nazionale risultati a carattere riduttivo ovvero a carattere espansivo sulla responsabilità penale degli individui¹⁵⁵.

In funzione di questa differenziazione e ricordando il processo di armonizzazione dei sistemi penali europei anzi brevemente descritto, è possibile individuare due diverse specie di eventuale armonizzazione

¹⁵² R. SICURELLA, *Diritto penale e competenza dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela di beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 2., la quale continua affermando che, in base a detti snodi, «l'opera di definizione del penalmente rilevante vede sempre meno le autorità nazionali quali attori esclusivi delle scelte di penalizzazione formalizzate all'interno di ciascuno ordinamento».

¹⁵³ In realtà, questo sembra un giudizio più politico che giuridico; nel 2005 e nel 2007 (come avremo modo di esporre ai paragrafi 6.0 e ss.) la CGCE ha infatti riconosciuto la competenza penale comunitaria senza che vi fossero state delle modifiche nel Trattato. Per questa ragione sembra più corretto parlare non tanto di assenza di competenza penale comunitaria quanto di mancato riconoscimento di tale competenza da parte del Consiglio.

¹⁵⁴ Sul punto v. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenza dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela di beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 2, la quale riconosce «il definitivo tramonto dell'idea originaria di un diritto penale impermeabile al processo di integrazione europea [...]».

¹⁵⁵ La distinzione è mutuata da S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro italiano*, Parte IV-3, 1995, p. 55.

indiretta del diritto penale nazionale innescate dal “contatto” con il diritto comunitario¹⁵⁶. La prima a contenuto negativo ed a effetti riduttivi, è finalizzata all’eliminazione di barriere nazionali e si basa sul *divieto di sanzionare* nazionalmente determinate condotte considerate lecite secondo l’ordinamento comunitario; la seconda si basa, invece, sull’*obbligo di tutelare* i precetti comunitari (e dunque sull’obbligo degli Stati Membri di attuazione nazionale conforme con il diritto CE) ed è tesa ad apprestare forme di tutela per le violazioni del diritto comunitario. In entrambi i casi comunque l’effetto della normativa comunitaria sulla normativa penale degli Stati Membri è quello di livellare le differenze tra le singole legislazioni nazionali all’interno del territorio comunitario: una condotta considerata lecita a livello comunitario non potrà essere sanzionabile all’interno degli Stati Membri; per converso, un precetto CE deve essere tutelato all’interno di ciascuno Stato membro secondo i rispettivi regimi di attuazione nazionale ed eventualmente anche ricorrendo al diritto penale.

3.1.1. L’armonizzazione negativa del diritto penale nazionale ed il diritto comunitario ad effetti riduttivi del penalmente rilevante.

Illustrati gli aspetti formali (preminenza del diritto comunitario e obbligo di attuazione nazionale comunitariamente conforme) e sostanziali (armonizzazione a contenuto positivo o negativo) dell’indiretta ed eventuale opera di armonizzazione dei sistemi penali nazionali innescata dalla europeizzazione degli strumenti nazionali di attuazione, occorre esaminare più nel dettaglio il fenomeno dell’eventuale armonizzazione di segno negativo¹⁵⁷, come accennato *basata* sul divieto di sanzionare condotte comunitariamente lecite e *finalizzata*, quindi, alla riduzione dell’area penalmente rilevante prevista dalle fattispecie incriminatrici nazionali.

Come è evidente, trattasi di un caso di armonizzazione che in tanto può ricorrere in quanto la materia oggetto della normativa comunitaria sia stata disciplinata, prima che dalla legislazione comunitaria, dal diritto penale

¹⁵⁶ Sull’armonizzazione a contenuto positivo e negativo v. G. CORSTENS-J. PRADEL, *European criminal law*, The Hague, 2002, p. 507 e p. 512.

¹⁵⁷ Al riguardo A. BERNARDI, *L’europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 20, parla di «ravvicinamento “in negativo” dei relativi sistemi penali».

nazionale in senso difforme da questa.

Ed invero, nell'ipotesi in cui la legislazione nazionale sia conforme con i precetti comunitari, *nulla quaestio*; la problematica sorge invece quando la normativa nazionale consideri penalmente rilevante una condotta che il diritto CE considera lecita.

Solo in tal caso la c.d. armonizzazione fa sì che siano eliminate le barriere nazionali e così private di efficacia, totalmente o parzialmente¹⁵⁸, oggettivamente o soggettivamente¹⁵⁹, le norme incriminatrici nazionali.

Mutuando le parole della CGCE «si deve ricordare che, se la legislazione penale e le norme di procedura penale [...] sono in linea di principio riservate alla competenza degli Stati membri, [...] tuttavia risulta che il diritto comunitario pone dei limiti a tale competenza. Le norme considerate non possono infatti porre in essere discriminazioni nei confronti di soggetti cui il diritto comunitario attribuisce il diritto alla parità di trattamento né limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario»¹⁶⁰; «il diritto comunitario che penetra ogni giorno di più gli ordinamenti giuridici interni degli Stati membri non potrebbe, tenuto conto dei principi di base che costituiscono il fondamento stesso della costruzione comunitaria, lasciare il diritto penale al di fuori del proprio ambito di applicazione»¹⁶¹; «un sistema di sanzioni (nazionali) non può avere come conseguenza di compromettere le libertà contemplate dal Trattato»¹⁶²; «l'applicazione di sanzioni penali o di altri provvedimenti coercitivi è quindi esclusa nella misura in cui una persona tutelata dalla normativa comunitaria non si sia conformata a disposizioni nazionali»¹⁶³.

È dunque in considerazione di questa giurisprudenza della CGCE, ormai più che consolidata e secondo la quale non possono sanzionarsi condotte che siano in contrasto con il diritto comunitario che si è elaborato e

¹⁵⁸ A seconda che il contrasto tra norma comunitaria e norma penale nazionale colpisca quest'ultima nella sua interezza o solo parzialmente. È il caso in cui la normativa comunitaria, a causa di incompatibilità o di sostituzione della norma penale interna, renda totalmente o parzialmente inefficace quest'ultima.

¹⁵⁹ A seconda che il contrasto privi di efficacia la disposizione nazionale con effetti *erga omnes* o solo limitatamente ad alcuni soggetti (titolari di una situazione scriminante).

¹⁶⁰ CGCE, Caso 186/87, *Ian William Cowan v. Trésor public*, punto 19.

¹⁶¹ CGCE, Caso 203/80, *Casati*.

¹⁶² CGCE, Caso 299/86, *Criminal proceedings against Rainer Drexel*, punto 18.

¹⁶³ CGCE, Caso 8/77, *Concetta Sagulo, Gennaro Brenca et Abdelmadjid Bakhouché*, punto 6.

ormai definitivamente affermato il principio secondo cui il diritto comunitario può esercitare effetti riduttivi sulla responsabilità penale dei singoli¹⁶⁴.

A tal riguardo si è già evidenziato (cfr. retro, nel trattare del principio di sincera cooperazione e dell'obbligo per gli Stati membri di predisporre un regime di attuazione nazionale comunitariamente conforme) che nel caso in cui la normativa nazionale di attuazione sia troppo severa ovvero sproporzionata per eccesso, le norme nazionali devono essere oggetto di non applicazione da parte del giudice nazionale¹⁶⁵.

Oltre a questa prima ipotesi di armonizzazione negativa, che in realtà colpisce la sanzione più che il precetto¹⁶⁶, è possibile che la normativa comunitaria introduca un *diritto di libertà* ovvero una normativa che sia *incompatibile* o che *sostituisca* una normativa extrapenale tutelata penalmente – in chiave sanzionatoria – a livello nazionale.

Seguendo l'ordine di esposizione adesso individuato, occorre in primo luogo osservare che il diritto comunitario ha introdotto diversi diritti di libertà e che, in linea di teorica, «non vi sono nel nostro ordinamento impedimenti giuridici a che una disposizione di origine comunitaria dia vita ad una causa di giustificazione prima non esistente»¹⁶⁷. In tali ipotesi,

¹⁶⁴ Cfr. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, p. 269 e ss; A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 19; A. BERNARDI, *Falso in bilancio e diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 372; K. TIEDMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993, p. 214.

¹⁶⁵ Sul punto v., ad esempio, K. TIEDMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993, p. 214, il quale afferma che «in base al citato principio di fedeltà alla Comunità, il legislatore nazionale non può prevedere norme di diritto penale che confliggano col diritto comunitario. In questo senso, le sanzioni penali troppo pesanti e la stessa eccessiva penalizzazione possono essere sproporzionate, e quindi contraddire il principio comunitario di proporzionalità».

¹⁶⁶ Sul tema dell'armonizzazione delle sanzioni, in particolare sulle diverse forme di armonizzazione in base alle categorie di illeciti coinvolti da tale processo, v. A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, 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*, Milano, 2008, p. 381; sull'incidenza del diritto comunitario sulla norma penale di sanzione v. anche R. SICURELLA, *Diritto penale e competenza dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela di beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 84.

¹⁶⁷ Così, G. MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 357, il quale continua affermando che «tale conclusione sembra si possa fondare sulla base della duplice considerazione che da un parte, come si è già detto, il principio della riserva di legge (statale) di cui all'art. 25, 2° comma, della Costituzione opera solo *in peius* e, dall'altra

l'esercizio del diritto da parte del singolo può venire in rilievo sia in virtù del principio della disapplicazione della norma nazionale da parte del giudice *a quo*, che in base alla regola generale prevista dall'art. 51 c.p.¹⁶⁸. In quest'evenienza, quindi, appare opportuno fare riferimento al modello teorico di cui alle scriminanti perché il comportamento è liceizzato dalla normativa comunitaria; quest'ultima non priva la norma penale interna del proprio ambito di applicazione in modo oggettivo con effetti *erga omnes*, ma piuttosto in senso soggettivo, perché continuerà a potere essere applicata nei confronti di chi non sia titolare della situazione scriminante¹⁶⁹. In breve, saremo in presenza di un *limite scriminante*¹⁷⁰ sicché la norma interna sarà applicata al caso di specie, ma sarà soccombente di fronte alla preminenza del diritto CE. Non si può parlare, dunque, in senso tecnico di disapplicazione o di non applicazione della normativa interna, perché l'elisione dell'antigiuridicità consegue alla coesistenza di due norme contrastanti, di cui quella comunitaria ha carattere prevalente¹⁷¹.

In aggiunta a questa prima ipotesi come sopra accennato, l'armonizzazione negativa può derivare dall'incompatibilità della normativa comunitaria con la normativa penale nazionale; ciò che avviene in particolare quando una norma extrapenale tutelata penalmente in chiave sanzionatoria sia incompatibile con il diritto comunitario¹⁷². In questo caso,

parte, l'ostacolo derivante della gerarchia delle fonti è da ritenersi superato proprio in virtù dell'ormai riconosciuto anche dalla Corte costituzionale principio della preminenza del diritto comunitario su quello interno».

¹⁶⁸ Cfr. G. GRASSO, *Introduzione: diritto penale e integrazione europea*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 11-12.

¹⁶⁹ Così G. MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 361; G. GRASSO, *Introduzione: diritto penale e integrazione europea*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 15.

¹⁷⁰ Limite scriminante nel senso di limite esterno al precetto base. Per la distinzione tra limiti interni e limiti esterni al precetto base e, quindi, tra limiti esegetici e limiti in senso tecnico v. P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Milano, 1972, p. 46 e ss.

¹⁷¹ Al riguardo, infatti, G. MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 360, osserva che «Nel momento in cui si sostiene che il contrasto tra diritto comunitario e diritto interno va inquadrato secondo lo schema delle cause di giustificazione non si può più parlare in senso proprio di disapplicazione o di non applicazione del diritto interno in quanto l'effetto dell'esclusione dell'antigiuridicità è il frutto della contemporanea applicazione di norme tra loro confliggenti, ad una delle quali viene riconosciuta la prevalenza».

¹⁷² Cfr. G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, p. 272; G. MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*,

in base al principio di preminenza del diritto CE, l'applicazione della norma penale nazionale incompatibile con il diritto comunitario non sarà più possibile.

Infine, come anticipato, l'armonizzazione negativa del diritto penale nazionale può manifestarsi nei casi di c.d. sostituzione: è questa l'ipotesi oggetto già di diversi e approfonditi studi della dottrina¹⁷³ in cui una normativa extrapenale, tutelata in chiave sanzionatoria da una disposizione penale nazionale, sia sostituita da una normativa comunitaria.

Anche in tal caso la norma penale interna costruita in chiave sanzionatoria non potrà più essere applicata ai casi considerati leciti secondo il diritto comunitario. Nei casi in cui, infatti, delle condotte penalmente rilevanti a livello nazionale abbiano perso tale carattere alla luce della sostituzione prodotta dalla normativa comunitaria, il fatto è da considerarsi lecito; in altri termini, se la normativa comunitaria ha l'effetto di sostituire la norma extrapenale tutelata penalmente in chiave sanzionatoria, riducendo l'ambito di applicazione di una disposizione penale nazionale, anche in questo caso si renderà impossibile l'applicazione della sanzione penale a causa della preminenza del diritto CE.

Quest'ultime due ipotesi (incompatibilità e sostituzione), quindi, devono contrapporsi a quelle dell'introduzione di un diritto di libertà da parte del diritto comunitario prima trattata: nei casi di incompatibilità o di sostituzione il precetto nazionale è infatti più o meno privato del proprio ambito di applicazione (*disapplicazione in senso oggettivo*), di tal che lo schema concettuale di riferimento, non potrà giammai essere quello delle cause di giustificazione. In questo caso, del resto, non è il singolo ad essere legittimamente autorizzato dalla normativa comunitaria a tenere un determinato comportamento, ma è la norma interna, in base alla normativa comunitaria e da un punto di vista oggettivo, a perdere il proprio ambito di

in *Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 360.

¹⁷³ Cfr G. MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 361; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, p. 288; G. GRASSO, *Introduzione diritto penale e integrazione europea*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 15; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema europeo vigente*, Milano, 2007, p. 219.

applicazione *erga omnes*¹⁷⁴.

Nei casi di incompatibilità o di sostituzione, quindi, siamo in presenza, non di un limite scriminante, ma di un *limite esegetico*¹⁷⁵.

A tal proposito è opportuno fare presente che – contrariamente a quanto si vedrà con riguardo all'armonizzazione positiva – le norme comunitarie a contenuto riduttivo della responsabilità dei singoli sono ritenute sistematicamente provviste di effetto diretto¹⁷⁶. Aderendo all'insegnamento della sentenza *Granital*, dunque, potrà essere direttamente il singolo giudice nazionale a rilevare l'antinomia. E tuttavia, anche se non si condividesse tale affermazione, il risultato ultimo non cambierebbe; in assenza di effetti diretti infatti, alla luce dell'insegnamento della Corte costituzionale nel caso *Granital*, il giudice *a quo* dovrebbe sollevare la questione di costituzionalità ai fini della declaratoria di illegittimità costituzionale *ex art. 11 e, oggi, anche art. 117 della Costituzione*.

Ma l'armonizzazione negativa – oltre a manifestarsi nei confronti del giudice, che dovrà procedere alla disapplicazione –, produce obblighi anche nei confronti del legislatore nazionale. Ed invero, nei casi di incompatibilità come in quelli di sostituzione, essendo il precetto o il divieto extrapenale originario non più compatibile con il diritto comunitario, appare necessario l'intervento del legislatore nazionale al fine di rimuovere l'antinomia in funzione di certezza giuridica: indipendentemente dalla non applicazione della normativa interna da parte del giudice, il legislatore dovrà quindi provvedere all'abrogazione (in caso di totale incompatibilità) o alla modifica (in caso di parziale incompatibilità) della norma penale in questione¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Sul punto v. G. MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 362.

¹⁷⁵ V. nota 170.

¹⁷⁶ Così C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 230, secondo cui «in caso di *effetti riduttivi* del penalmente rilevante, *le norme comunitarie sono sistematicamente provviste di effetto diretto o diretta applicabilità*». Come osserva l'A., infatti, la CGCE non ha mai negato l'effetto diretto a norme comunitarie in funzione riduttiva del penalmente rilevante perché il carattere chiaro e preciso della norma è una qualità da valutarsi a seconda della funzione che la norma comunitaria è chiamata ad esercitare.

¹⁷⁷ Cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenza dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela di beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 74 e la sentenza della CGCE, 15 ottobre 1986, C 168/85, lì richiamata e secondo cui «L'incompatibilità della legislazione nazionale con le disposizioni del Trattato, perfino

3.1.2. *L'indiretta armonizzazione positiva del diritto penale e il rispetto del principio di legalità penale nazionale.*

L'indiretta armonizzazione positiva del diritto penale nazionale, in quanto processo meramente eventuale, ricorre solamente nelle ipotesi in cui il legislatore nazionale, più o meno sollecitato al ricorso alla tutela penalistica dalle istanze comunitarie, decida "autonomamente" di ricorrervi al fine di tutelare i precetti di matrice comunitaria. Il cittadino nazionale, infatti, potrà essere assoggettato a sanzione penale, per violazione di una regola di diritto comunitario, *solo nell'ipotesi in cui vi sia una legge penale nazionale dalla quale risulti evidente la responsabilità penale del singolo*¹⁷⁸.

Come già evidenziato, infatti, il sistema nazionale in origine è stato il solo sistema ad avere competenza in materia penale. La Comunità non ha invece mai potuto emanare regolamenti a contenuto penale. Anche nel *case law* prodotto dalla CGCE appare evidente che, pur riconoscendosi che tramite l'art. 10 TCE la competenza punitiva comunitaria possa trasfigurare in concreto in una competenza in materia penale¹⁷⁹, deve invece escludersi la possibilità che una normativa comunitaria – anche se chiara, precisa e autosufficiente e quindi potenzialmente ad effetti diretti –, possa produrre effetti diretti a contenuto espansivo sulla responsabilità penale dei singoli; ciò che, dalla visuale del diritto interno, significa quanto dire che la CGCE

direttamente applicabili, può essere definitivamente soppressa solo tramite disposizioni interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico di quelle da modificare. Come la Corte ha dichiarato nella costante giurisprudenza relativa all'attuazione delle direttive da parte degli Stati membri, semplici prassi amministrative, per natura modificabili a piacimento dell'amministrazione e prive di adeguata pubblicità, non possono essere considerate valido adempimento degli obblighi del Trattato. La Repubblica italiana non può quindi sottrarsi all'obbligo di adattare la sua legislazione nazionale a quanto prescritto dal Trattato invocando l'applicabilità diretta delle disposizioni di quest'ultimo, oppure al fatto di avere adottato una data prassi amministrativa [...].»

¹⁷⁸ CGCE, 12 novembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, *Procedimenti penali c. X*, punto 25.

¹⁷⁹ Dalla prospettiva della CGCE, infatti, le violazioni più gravi del diritto comunitario possono essere tutelate solo tramite il ricorso al diritto penale: v. CGCE, ordinanza 13 luglio 1990, C-2/88, *Zwartveld* e CGCE, 28 gennaio 1999, C-77/97, *Unilever*, ovvero nell'ipotesi in cui le violazioni del diritto interno, simili per natura e importanza alle violazioni del diritto comunitario da tutelare, siano già punite tramite il ricorso al diritto penale. In dottrina, sul punto v. A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 26 e p. 27.

ha sempre garantito e rispettato il principio di legalità penale nazionale.

In tal modo il processo di eventuale e indiretta armonizzazione positiva del diritto penale è andato avanti per decenni, senza per avere mai leso i diritti fondamentali riconosciuti dallo Stato ai cittadini e cioè, il principio di legalità in materia penale (del resto, i controlimiti non si sono mai innescati).

Sulla scorta di quanto detto, può dunque concludersi che il diritto comunitario non ha mai potuto fondare, aggravare o estendere *direttamente* (e cioè indipendentemente da una legge penale di attuazione) la responsabilità penale per un soggetto che avesse violato una regola di diritto comunitario.

Giova peraltro evidenziare come tale affermazione riposi su plurime e convergenti considerazioni.

Storicamente, essa costituisce il corollario del più generale divieto della normativa comunitaria di creare obblighi in capo ai privati di per sé e in assenza di una normativa nazionale di recepimento: anche a fronte di una normativa comunitaria chiara, precisa e autosufficiente, la CGCE ha infatti sempre affermato che i singoli possono fare valere gli effetti diretti nei confronti dello Stato inadempiente, ma che gli effetti diretti nei riguardi dei privati cittadini non possono invece essere fatti valere *ex se*, a prescindere cioè da una legge nazionale di attuazione¹⁸⁰ (ciò che risponde al dichiarato fine di evitare «che uno Stato possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario»¹⁸¹). Se quindi, a prescindere da una legge nazionale di attuazione, la normativa comunitaria chiara, precisa e autosufficiente non può produrre obblighi in capo ai privati (al più potendosi configurare una responsabilità per lo Stato inadempiente) *a fortiori* la normativa comunitaria ad effetti espansivi per la responsabilità penale dei singoli non potrà *mai*

¹⁸⁰ *Ex plurimis*, v. CGCE 26 febbraio 1986, C-152/84, *Marshall/Southampton and South West Hampshire Area*, punto 48.

¹⁸¹ Così CGCE, 14 luglio 1994, *Faccini Dori/Recreb Srl*, C-91/92, punto 22 secondo cui «Basti rilevare al riguardo che, come discende dalla sentenza 26 febbraio 1986, *Marshall*, già citata (punti 48 e 49), la giurisprudenza sulla possibilità di far valere direttive nei confronti degli enti statali è fondata sulla natura cogente attribuita alla direttiva dall'art. 189, natura cogente che esiste solo nei confronti dello "Stato membro cui è rivolta". Detta giurisprudenza mira ad evitare che uno "Stato possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario"».

produrre effetti diretti¹⁸².

Successivamente, il c.d. divieto di effetti diretti della normativa comunitaria a contenuto espansivo sulla responsabilità penale dei singoli ha trovato nella stessa giurisprudenza comunitaria un ulteriore fondamento consistente nel rispetto del principio di legalità penale nazionale¹⁸³ di cui la CGCE e il sistema giuridico comunitario si sono riconosciuti garanti, al pari che di tutti gli altri diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri, pena l'innescamento dei controlimiti nazionali.

Dunque, in un primo momento in base alla tradizionale giurisprudenza in tema di effetti delle direttive (che *ex se* non possono creare obblighi in capo ai singoli) ed in un secondo momento in base al principio di legalità penale nazionale¹⁸⁴, la stessa CGCE non ha mai riconosciuto funzione incriminatrice al diritto comunitario perchè questa è sempre stata ritenuta una prerogativa di carattere nazionale, seppur all'interno del processo di eventuale e indiretta armonizzazione del diritto penale nazionale.

In tal modo l'integrazione tra i due livelli ordinamentali è avvenuta sempre nel rispetto del principio di legalità penale nazionale, in quanto la CGCE ha mediato il processo di eventuale e indiretta armonizzazione positiva dei diritti penali degli Stati membri individuando una situazione di equilibrio delle competenze: al sistema comunitario si riconosce una mera competenza punitiva, che può trasformarsi all'interno dell'ordinamento nazionale in sanzione penale solo a seguito della scelta penalizzante da parte del legislatore nazionale in un atto di recepimento. In questo modo il principio di legalità penale viene salvaguardato, sia da un punto di vista

¹⁸² In questo senso C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 239, il quale afferma che «In caso di effetti espansivi la caratteristica essenziale quindi è che le norme comunitarie chiamate a produrre questi effetti sono sistematicamente sprovviste di effetti diretti».

¹⁸³ CGCE, 11 giugno 1987, C-14/86, *Pretore di Salò*; CGCE, 8 ottobre 1987, C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*; CGCE, 26 settembre 1996, C-168/95, *Arcaro*; CGCE, 12 novembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, *Procedimenti penali c. X*; CGCE, 7 gennaio 2004, C-60/02, *X (Rolex)*; CGCE 3 maggio 2005, cause riunite C-381/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e altri*.

¹⁸⁴ In dottrina evidenzia il passaggio del mutamento di giurisprudenza per evitare effetti diretti a contenuto espansivo del diritto comunitario sulla responsabilità penale dei singoli C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in C. RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, p. 196.

sostanziale che da un punto di vista formale: non solo infatti, a fronte dell'obbligo comunitario di tutela, la scelta penalizzante è di esclusiva competenza nazionale, ma inoltre l'applicazione della sanzione penale è possibile sull'imprescindibile presupposto di una legge penale di attuazione del precetto CE dalla quale risulti evidente la responsabilità penale del soggetto per la violazione della regola di diritto comunitario.

Riassumendo, a fronte dell'obbligo comunitario di tutela e della eventuale armonizzazione indiretta del diritto penale nazionale, la penalizzazione di un comportamento per violazione del diritto comunitario è sempre stata collegata in maniera stabile con l'adempimento da parte del legislatore nazionale tramite una legge penale nazionale di attuazione. Come avremo modo di vedere, non è mai stato possibile, infatti, penalizzare una condotta nei casi di assenza o erronea attuazione dei precetti comunitari da parte del legislatore nazionale.

3.1.2.1. Adempimento da parte del legislatore nazionale dell'obbligo comunitario di tutela adeguata e rispetto del principio di legalità penale nazionale.

La situazione modello è quella in cui il legislatore comunitario obbliga il legislatore nazionale a tutelare in modo adeguato una normativa o un precetto e il legislatore nazionale adempie correttamente all'obbligo di predisporre un regime di attuazione nazionale comunitariamente adeguato. In questo caso, il sistema giuridico comunitario richiede che vengano apprestate tutele comunitariamente conformi; il sistema nazionale, al fine di soddisfare tale obbligazione, decide di ricorrere alla sanzione penale. In tal caso, come già esposto, non si pongono problemi particolari: il principio di legalità penale nazionale è salvaguardato poiché la scelta penalizzante, anche se caldeggiata o sollecitata dal livello sopranazionale, è nazionale; la funzione incriminatrice è svolta dalla legge penale nazionale.

3.1.2.2. Inadempimento originario dell'obbligo comunitario di tutela adeguata e rispetto del principio di legalità penale nazionale.

Oltre all'ipotesi in cui il legislatore nazionale adempia l'obbligo comunitario di tutela in modo adeguato, è anche possibile che il legislatore nazionale risulti in tutto o in parte inadempiente a seconda che non adempia l'obbligo comunitario *tout court* ovvero lo adempia in modo inesatto. Come già sopra esposto, infatti, è inadempiente anche lo Stato membro che appresti sanzioni sproporzionate per difetto o comunque troppo blande; in tale ipotesi, la disposizione nazionale continuerà ad essere applicata, ma il legislatore dovrà provvedere individuando un nuovo regime di attuazione per porre rimedio a tale non adeguatezza, salvo incorrere in una procedura di infrazione¹⁸⁵.

Analogamente e come del pari già anticipato non si potrà mai supplire neanche all'inadempimento totale del legislatore nazionale e fondare, aggravare o estendere la responsabilità penale di un soggetto a prescindere da una legge nazionale di attuazione dalla quale risulti in modo chiaro la responsabilità penale per avere violato una regola di diritto comunitario. Il divieto di effetti diretti della normativa comunitaria a contenuto espansivo sulla responsabilità penale dei singoli, infatti, è sorto in base al divieto della normativa comunitaria di creare obblighi in capo ai privati a fronte dell'inadempimento del legislatore nazionale.

Ed invero sin dalle prime pronunce in materia di legalità penale la CGCE ha sempre affermato che una «direttiva non può avere l'effetto, *di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione*, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni»¹⁸⁶.

Se dunque il legislatore nazionale non adempie l'obbligo comunitario di tutela, la funzione incriminatrice non potrà essere svolta in nessun caso dal diritto comunitario; ciò che, come anticipato, non era

¹⁸⁵ Sul punto cfr. A. BERNARDI, *Falso in bilancio e diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 374.

¹⁸⁶ CGCE, 11 giugno 1987, C-14/86, *Pretore di Salò contro X*, punto n. 4.

conseguenza dell'eventuale armonizzazione indiretta dei sistemi penali nazionali, quanto piuttosto della elaborazione giurisprudenziale in materia di effetti delle direttive, per cui la direttiva non trasposta o trasposta in modo errato non può produrre obblighi in capo ai privati e, quindi, a vantaggio dello Stato inadempiente¹⁸⁷.

In un secondo momento, invece, la CGCE ha cambiato fondamento ed estensione del principio richiamato dalla massima di cui sopra, inquadrandolo nei binari del principio di legalità penale nazionale ed estendendolo a tutte le fonti del diritto comunitario. La CGCE ha infatti affermato che «Per quanto riguarda [...] un caso [...], che verte sull'estensione della responsabilità penale risultante da una legge adottata in particolare per trasporre una direttiva, occorre precisare che il principio che ordina di non applicare la legge penale in modo estensivo a discapito dell'imputato, che è corollario del principio della previsione legale dei reati e delle pene, e più in generale del principio di certezza del diritto, osta a che siano intentati procedimenti penali a seguito di un comportamento il cui carattere censurabile non risulta in modo evidente dalla legge»¹⁸⁸. Con tale pronuncia, dunque, la CGCE ha riconosciuto sia il principio di riserva di legge nazionale (*melius*: riserva di regime di attuazione nazionale) sia, implicitamente, quello di determinatezza della legge penale di attuazione nazionale. Ma oltre a ciò, la CGCE ha statuito che l'impossibilità di affermare la responsabilità penale di un soggetto se non sulla base di una espressa disposizione nazionale opera anche nei casi in cui la funzione incriminatrice diretta del diritto comunitario si fonda su un regolamento o su

¹⁸⁷ In dottrina sul punto v. G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, p. 260 e ss.

¹⁸⁸ Così, CGCE, 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, *Procedimenti penali c. X*, punto 25, secondo cui: «Per quanto riguarda [...] un caso [...], che verte sull'estensione della responsabilità penale risultante da una legge adottata in particolare per trasporre una direttiva, occorre precisare che il principio che ordina di non applicare la legge penale in modo estensivo a discapito dell'imputato, che è corollario del principio della previsione legale dei reati e delle pene, e più in generale del principio di certezza del diritto, osta a che siano intentati procedimenti penali a seguito di un comportamento il cui carattere censurabile non risulta in modo evidente dalla legge. Tale principio, che fa parte dei principi generali di diritto poiché si trova alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, è stato altresì sancito da diversi trattati internazionali e, in particolare, dall'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Di conseguenza spetta al giudice a quo garantire il rispetto di tale principio in sede di interpretazione, alla luce del testo e della finalità della direttiva, del diritto nazionale adottato per attuare quest'ultima. ».

una interpretazione comunitaria conforme in materia penale¹⁸⁹, così

¹⁸⁹ La CGCE ha affrontato la questione di cui al regolamento del Consiglio 22 dicembre 1994, n. 3295, che individuava misure attinenti all'introduzione nella Comunità, l'esportazione e la riesportazione dalla Comunità di merci che violano alcuni diritti di proprietà intellettuale. Il caso prendeva le mosse da un Tribunale austriaco, che chiedeva in via pregiudiziale se l'interpretazione estensiva del regolamento – precedentemente resa dalla stessa CGCE in una causa civile – fosse applicabile anche con riferimento ad una norma penale. Più nel dettaglio, il quesito rimesso alla CGCE derivava dalla circostanza che, in forza della legge penale austriaca sulla protezione dei marchi, solo l'importazione e l'esportazione di un prodotto contraffatto costituivano reato, ma non anche il mero transito attraverso il territorio nazionale. Il giudice del rinvio, quindi, dapprima richiamava una precedente sentenza della CGCE, in cui con riferimento ad un giudizio civile si era affermato che rientrano nel campo di applicazione del regolamento anche le mere ipotesi di transito; successivamente, chiedeva se tale interpretazione comunitariamente conforme e di segno estensivo fosse applicabile anche al diritto penale, ancorché il transito non fosse previsto come reato dal diritto interno.

Alla luce di questo quesito, infatti, la CGCE ha affermato che *«Non spetta alla Corte pronunciarsi sull'interpretazione del diritto nazionale, compito che incombe esclusivamente al giudice nazionale. Se quest'ultimo dovesse constatare che le disposizioni rilevanti del diritto nazionale non vietano e dunque non puniscono il mero transito sul territorio dello Stato membro interessato di merci contraffatte, come tuttavia richiesto dagli artt. 2 e 11 del regolamento n. 3295/94, si dovrebbe concludere che questi ultimi contrastano con le dette disposizioni nazionali.*

Peraltro, secondo una costante giurisprudenza, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale entro i limiti posti dal diritto comunitario, onde conseguire il risultato prescritto dalla norma comunitaria [...]. Se una tale interpretazione conforme è possibile, spetterebbe al giudice nazionale, al fine di garantire ai titolari di un diritto di proprietà intellettuale una sua tutela contro le infrazioni vietate dall'art. 2 del regolamento n. 3295/94, applicare al transito di merci contraffatte sul territorio nazionale le sanzioni civili previste dal diritto nazionale per gli altri comportamenti vietati dallo stesso art. 2, purché esse siano efficaci, proporzionate e dissuasive.

Tuttavia, un problema specifico si pone relativamente all'applicazione del principio d'interpretazione conforme in materia penale. Così, come anche giudicato dalla Corte, detto principio trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, che fanno parte integrante del diritto comunitario, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di irretroattività. A tale proposito, la Corte ha avuto occasione di giudicare a più riprese che una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni (v., in particolare, sentenze Pretore di Salò, cit., punto 20; 26 settembre 1996, causa C-168/95, Arcaro, Racc. pag. I-4705, punto 37, e 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, X, Racc. pag. I-6609, punto 24). Anche se nella causa principale la norma comunitaria di cui trattasi è un regolamento, ossia una norma che, per sua natura, non necessita di misure nazionali di recepimento, e non una direttiva, occorre rilevare che l'art. 11 del regolamento n. 3295/94 attribuisce agli Stati membri il potere di adottare le sanzioni relative alle infrazioni ai comportamenti vietati dall'art. 2 di tale regolamento, il che rende estendibile a detta causa il ragionamento seguito dalla Corte per le direttive.

*Nell'ipotesi in cui il giudice del rinvio pervenga alla conclusione che il diritto nazionale non vieta il transito sul territorio austriaco di merci contraffatte, il principio della legalità delle pene, quale consacrato dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che è un principio generale del diritto comunitario, comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, vieterebbe di sanzionare penalmente un tale comportamento, anche nel caso in cui la norma nazionale fosse contraria al diritto comunitario». CGCE, C-60/02, Procedimento penale c. X, 2004. La sentenza è stata analizzata attentamente in dottrina da G. M. VAGLIASINDI, *La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, p. 960 e ss. e, 2006, p. 158 e ss.; C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità**

estendendo il divieto di risultati espansivi da parte del diritto comunitario sulla responsabilità dei singoli con riferimento a tutte le fonti del diritto comunitario.

Con quest'ultima statuizione, quindi, la CGCE ha consacrato il rispetto del principio di legalità nazionale, diritto fondamentale dei cittadini degli Stati membri, con riferimento a tutte le fonti del diritto comunitario.

Ed infatti, affermare che il divieto di effetti espansivi in mancanza di una legge nazionale di attuazione dalla quale risulti evidente la responsabilità penale del soggetto, non si applica solamente alle direttive non attuate (ovvero attuate non in modo inesatto o incompleto) ma anche ai regolamenti e alle interpretazioni comunitariamente conformi, significa riconoscere il principio di legalità penale nazionale all'interno dell'ordinamento comunitario a tutto tondo e a prescindere da argomentazioni "tecniche" legate all'efficacia delle direttive.

3.1.2.3. L'inadempimento successivo e rispetto del principio di legalità penale nazionale.

Come sopra esposto nel tracciare le possibili forme di inadempimento, si è evidenziato come quest'ultimo possa anche essere "successivo": in tal caso, cioè, il legislatore, in un primo momento adempiente all'obbligo comunitario di tutela, in un secondo momento diviene inadempiente e cioè quando ad un regime di attuazione nazionale comunitariamente conforme se ne sostituisce uno non conforme.

In tal caso, l'antinomia tra la norma comunitaria a contenuto espansivo (e quindi priva di effetti diretti, ma comunque avente carattere preminente) e il secondo (e illegittimo) regime di attuazione nazionale del precetto comunitario dovrebbe essere risolta o dallo stesso legislatore, *re melius perpensa*, o dalla Corte Costituzionale¹⁹⁰.

nell'ordinamento comunitario, in C. RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, p. 177 e ss.

¹⁹⁰ Cfr. sul punto A. BERNARDI, *Falso in bilancio e diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 374, il quale ritiene che, «nel caso in cui la disciplina sanzionatoria nazionale risultasse in un primo momento adeguata (*rectius*: non inadeguata) in relazione alla normativa comunitaria di riferimento, per divenire poi, a causa

Alla luce dell'insegnamento della sentenza *Granital*, infatti, tali antinomie non possono essere risolte dal giudice *a quo*; ed invero questi non potrebbe procedere alla disapplicazione della normativa interna contrastante perché in questo modo certamente non potrebbe fare rivivere il precedente regime di attuazione comunitariamente conforme¹⁹¹.

Ma oltre a ciò, e più in generale, non si può negare che, nonostante la norma comunitaria a contenuto espansivo sia sempre priva di effetti diretti, si verifica una vera e propria antinomia tra norme comunitarie (ancorché prive di effetto diretto) e norme penali nazionali. Ed anzi, in tal caso l'illegittimità è duplice poiché per un verso (nella prospettiva nazionale) la legge nazionale di attuazione è costituzionalmente illegittima per violazione degli impegni assunti *ex art.* 11 e 117 della Costituzione, mentre per altro verso (nella prospettiva comunitaria) «l'adozione o il mantenimento in vigore di una disciplina interna divergente rispetto alla direttiva realizza una violazione degli obblighi comunitari, quali emergono dagli artt. 10 e 249 del Trattato nonché della direttiva stessa»¹⁹² che si assume violata.

Se dunque il legislatore nazionale non intervenisse il giudice *a quo* – in base allo schema delineato nella sentenza *Granital* – dovrebbe rimettere la questione al sindacato della Corte costituzionale per violazione dell'art. 11 e, oggi, anche dell'art. 117 della Costituzione¹⁹³, al fine di far dichiarare l'incostituzionalità della legge in contrasto con il diritto CE privo di effetti

di una successiva riforma del legislatore, sproporzionata per eccesso o per difetto», il percorso privilegiato è quello del sindacato di costituzionalità.

¹⁹¹ Al riguardo nota A. BERNARDI, *Falso in bilancio e diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 374, che in caso di inadempimento successivo da parte del legislatore nazionale, «il giudice nazionale non dovrebbe disapplicare direttamente la nuova legge: anche perché, così facendo, non riuscirebbe a far rivivere la precedente e più congrua disciplina sanzionatoria ormai travolta dall'intervento del legislatore».

¹⁹² R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte Costituzionale*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008, p. 359.

¹⁹³ Cfr. sul punto A. BERNARDI, *Falso in bilancio e diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 374; R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte Costituzionale*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008, p. 360; V. MANES, *Il nuovo «falso in bilancio» al cospetto della normativa comunitaria*, in *Cassazione penale*, 2003, p. 1331.

diretti¹⁹⁴.

A tal riguardo, è interessante segnalare che il problema dell'antinomia tra norme comunitarie a contenuto espansivo, ma prive di effetti diretti, e norme incriminatrici nazionali è emerso con riferimento a due specifiche vicende che hanno dato vita ad un acceso dibattito in dottrina¹⁹⁵: la vicenda meno recente, relativa alla definizione di «rifiuto»¹⁹⁶ e quella più recente delle «false comunicazioni sociali»¹⁹⁷. In entrambi i casi, gli imputati avevano posto in essere le rispettive condotte in vigore del primo regime (conforme) di attuazione nazionale, il quale era stato successivamente modificato in senso favorevole agli imputati, ma contrastante con il diritto comunitario perché non adeguato; l'inadempimento era dunque successivo e derivava dalla violazione del principio della preminenza del diritto comunitario, in base al quale è sempre vietato, sia prima che dopo la scadenza per l'attuazione della direttiva, l'emanazione di norme contrastanti con lo stesso¹⁹⁸.

Orbene, la Consulta non ha dichiarato l'incostituzionalità della normativa nazionale successiva in nessuno dei due casi sopra richiamati seppure fosse astrattamente possibile fare leva sugli artt. 11 e 117 della Costituzione e utilizzare come parametro interposto norme comunitarie prive di efficacia diretta¹⁹⁹. Ciononostante, appare possibile delineare quella

¹⁹⁴ Così R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte Costituzionale*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008, p. 362.

¹⁹⁵ Per avere contezza di quanto affermato v. gli atti del seminario dell'*Amicus curiae*: R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionali e di giustizia*, Torino, 2005.

¹⁹⁶ Direttive n. 75/442 e n. 91/156 CEE; CGCE 11 novembre 2004, C-457/02, *Niselli*. Sul punto v. G. M. VAGLIASINDI, *La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, p. 960 e ss. e, 2006, 158 e ss.

¹⁹⁷ Direttiva n. 68/151 CEE; CGCE 3 maggio 2005, cause riunite C-381/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e altri*.

¹⁹⁸ La regola è quella del carattere preminente del diritto comunitario, a prescindere da effetti diretti o meno. Sul punto v. CGCE, 9 marzo 1978, C-106/77, *Amministrazione Finanze c/Simmenthal*; M. D'AMICO, *Il principio del Favor rei e il dialogo tra le Corti*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionali e di giustizia*, Torino, 2005, p. 167, la quale parla al riguardo di obbligo di pre-conformazione.

¹⁹⁹ Nonostante non pare vi sia mai stata una sentenza della Corte costituzionale che abbia dichiarato l'illegittimità costituzionale di leggi interne tramite il riferimento agli artt. 11 e 117 della Costituzione e utilizzando come fonti interposte norme comunitarie prive di efficacia diretta, la correttezza dell'impostazione da un punto di vista teorico, oltre ad

che dovrebbe essere la procedura da seguire nel caso in cui la normativa comunitaria ad effetto espansivo non fosse compatibile con un successivo regime di attuazione²⁰⁰.

In tal caso, occorrerebbe preliminarmente chiarire il contenuto della norma comunitaria e ciò potrebbe avvenire tramite una precedente sentenza della CGCE, tramite una richiesta di pronuncia pregiudiziale del giudice *a quo* o anche tramite un rinvio pregiudiziale ad opera della Consulta; solo successivamente, quindi, sarebbe possibile svolgere il sindacato di costituzionalità. Il sindacato di costituzionalità, tuttavia, nei casi in cui il secondo e illegittimo regime di attuazione nazionale del precetto CE fosse più favorevole rispetto al precedente, concretizzerebbe un sindacato su norme penali di favore e, quindi, porrebbe il problema dell'ammissibilità delle eccezioni di costituzionalità *in malam partem*.

Orbene, a parere di chi scrive, il sindacato di costituzionalità sulle norme di favore non sembra un ostacolo insormontabile ai fini della risoluzione dell'antinomia e della dichiarazione di illegittimità costituzionale del secondo regime di attuazione e, quindi, dell'inadempimento sopravvenuto. È noto, infatti, come per lungo tempo «dottrina e giurisprudenza si sono impegnate nella ricerca di una soluzione che consentisse il sindacato di costituzionalità su norme penali di favore, senza violare, da un lato, i principi del giudizio incidentale sulle leggi, che esigono la rilevanza della questione di costituzionalità, e, dall'altro, gli artt. 25, comma 2 Cost. e 2 c.p., che impongono che qualsiasi modifica sfavorevole di norme penali abbia un'efficacia solo futura»²⁰¹. Ciò fino alla

essere ipotizzata dalla sentenza Granital della Corte costituzionale, è indirettamente confermata dalle ordinanze n. 70 del 2006 in materia di "falso in bilancio" e n. 288 del 2006 in materia di "rifiuti", con cui la Corte costituzionale alla luce dello *ius superveniens* ha restituito gli atti al giudice *a quo* per procedere ad una nuova valutazione della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità. Sul punto v. R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte Costituzionale*, e G. GRASSO, *Diritto comunitario e diritto interno: profili penali*, pubblicati in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008, rispettivamente p. 367 e p. 298.

²⁰⁰ In dottrina, per due prospettive divergenti sul punto, v. G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano 2003, p. 62, e C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 187.

²⁰¹ Così M. D'AMICO, *Ai confini (nazionali e sopranazionali) del Favor rei*, in R. BIN-G.

famosa sentenza n.148/1983²⁰² con cui la Corte Costituzionale giunse ad ammettere il proprio sindacato sulle norme penali di favore²⁰³, osservando che «altro ... è la garanzia che i principi del diritto penale costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l'efficacia spettante alle dichiarazioni d'illegittimità delle norme penali di favore; altro è il sindacato cui le norme stesse devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone

BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *“Ai confini del favor rei: il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia”*, Torino, 2005, p. 17, dove l'Autrice evidenzia che se «per rilevanza si intende il nesso di pregiudizialità necessario fra soluzione della questione di costituzionalità e definizione del giudizio *a quo* – e, quindi, per aversi rilevanza occorre che la decisione della Corte Costituzionale influenzi la decisione del giudice *a quo* – una questione di costituzionalità su norme penali di favore sarebbe sempre irrilevante, dal momento che gli artt. 25, comma 2, Cost. e 2 c.p., negando la retroattività di qualsiasi modificazione sfavorevole, impediscono ad un'eventuale pronuncia di incostituzionalità su una norma penale di favore di trovare applicazione nel giudizio *a quo*».

²⁰² Nella specie la Corte Costituzionale – chiamata a giudicare la legittimità dell'art. 5 legge 03.01.1981 n. 1, in riferimento agli artt. 3, comma 1, 28 e 112 della Costituzione, nella parte in cui prevedeva la non punibilità dei componenti del Consiglio Superiore della Magistratura per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni e concernenti l'oggetto della discussione – ha affermato che ritenere in ogni caso inammissibili per difetto di rilevanza le questioni di costituzionalità delle norme penali di favore determinerebbe «implicazioni assai gravi» poiché «norme sicuramente applicabili nel giudizio *a quo* ... rischierebbero di sfuggire ad ogni sindacato della Corte, non essendo mai pregiudiziale la loro impugnazione; e la Corte stessa verrebbe in tal senso privata ... di ogni strumento atto a garantire la preminenza della Costituzione sulla legislazione statale ordinaria». Sulla scorta di tali premesse, la Corte ha osservato come «nella prospettiva del giudice *a quo*... anche le pronunce concernenti la legittimità delle norme penali di favore influiscano o possano influire sul conseguente esercizio della funzione giurisdizionale» perché «l'eventuale accoglimento delle impugnative di norme siffatte verrebbe ad incidere sulle formule di proscioglimento» (o almeno sui dispositivi delle sentenze, che dovrebbero imperniarsi sugli artt. 2, I co., c.p. e 25, II co., Cost. e non sulla sola disposizione annullata dalla Corte stessa) e «sullo schema argomentativo della sentenza penale assolutoria» (della quale modificherebbe la *ratio decidendi*, pur fermi restando i pratici effetti di essa). Osserva peraltro la Corte che la tesi secondo cui «le questioni di legittimità costituzionale concernenti norme penali di favore non siano mai pregiudiziali ai fini del giudizio *a quo*, muove da una visione troppo semplificante delle pronunce che ... (la) Corte potrebbe adottare, una volta affrontato il merito di tali impugnative» in quanto non considera che la Corte stessa «non è vincolata in assoluto dalle opzioni interpretative del giudice che promuove l'incidente di costituzionalità», potendo essa pronunciare «una sentenza interpretativa di rigetto (nei sensi in cui la motivazione) o ... una pronuncia comunque correttiva delle premesse esegetiche su cui si fosse fondata l'ordinanza di rimessione: donde una serie di decisioni certamente suscettibili d'influire sugli esiti del giudizio penale pendente».

²⁰³ Il superamento della tesi secondo cui le questioni di legittimità costituzionale delle norme penali cc.dd. di favore sarebbero sempre inammissibili per difetto di rilevanza nel giudizio *a quo* consente peraltro al giudice delle leggi di svolgere il proprio irrinunciabile ruolo di garanzia anche rispetto a quelle norme che, più di altre, potrebbero introdurre privilegi o lesioni del principio di uguaglianza: «accordi generalizzati o grandi coalizioni in presenza di momenti di crisi sociale e/o politica potrebbero consentire l'introduzione di norme di non punibilità capaci, per contenuto ed estensione, di neutralizzare o sminuire di efficacia interi settori dell'ordinamento penale senza alcuna possibilità di controllo della loro rispondenza ai valori costituzionali» L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 646.

franche del tutto imprevedute dalla Costituzione all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile».

Del resto è proprio in questa direzione che, di recente, si è mossa la Corte costituzionale quando ha affermato che «il principio di legalità impedisce certamente alla Corte di configurare nuove norme penali; ma non le preclude decisioni ablative di norme che sottraggano determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo (sentenza n. 148 del 1983): e ciò a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico tramite il quale tale trattamento si realizza (previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite). In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l'effetto *in malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva»²⁰⁴.

La Corte inoltre, afferma che «è giocoforza ritenere che il principio di retroattività della norma penale più favorevole in tanto è destinato a trovare applicazione, in quanto la norma sopravvenuta sia, di per sé, costituzionalmente legittima»²⁰⁵.

²⁰⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 394 del 2006.

²⁰⁵ Così la Corte costituzionale nella sentenza n. 394 del 2006, dove ha inoltre affermato che «Il nuovo apprezzamento del disvalore del fatto, successivamente operato dal legislatore, può giustificare - in chiave di tutela del principio di eguaglianza - l'estensione a ritroso del trattamento più favorevole, a chi ha commesso il fatto violando scientemente la

**LA COMPETENZA PUNITIVA INDIRETTA DELLA CE E L'EVENTUALE ARMONIZZAZIONE INDIRETTA E
INCIDENTALE DEL DIRITTO PENALE NAZIONALE: L'EMERSIONE E IL RISPETTO DEL PRINCIPIO
DI LEGALITÀ PENALE NAZIONALE.**

norma penale più severa, solo a condizione che quella nuova valutazione non contrasti essa stessa con i precetti della Costituzione. La *lex mitior* deve risultare, in altre parole, validamente emanata: non soltanto sul piano formale della regolarità del procedimento dell'atto legislativo che l'ha introdotta e, in generale, della disciplina delle fonti (v., con riferimento alla mancata conversione di un decreto-legge, sentenza n. 51 del 1985); ma anche sul piano sostanziale del rispetto dei valori espressi dalle norme costituzionali. Altrimenti, non v'è ragione per derogare alla regola sancita dai citati art. 136, primo comma, Cost. e 30, terzo comma, della legge n. 87 del 1953, non potendosi ammettere che una norma costituzionalmente illegittima - rimasta in vigore, in ipotesi, anche per un solo giorno - determini, paradossalmente, l'impunità o l'abbattimento della risposta punitiva, non soltanto per i fatti commessi quel giorno, ma con riferimento a tutti i fatti pregressi, posti in essere nel vigore dell'incriminazione o dell'incriminazione più severa».

CAPITOLO QUARTO

IL SISTEMA SANZIONATORIO COMUNITARIO IMMEDIATO DI DIRITTO AMINISTRATIVO PUNITIVO.

4.0. Il sistema sanzionatorio comunitario immediato di diritto amministrativo punitivo: il sistema sanzionatorio accentrato e decentrato. – 4.1. Il sistema sanzionatorio accentrato. – 4.2. Il sistema sanzionatorio decentrato. – 4.2.1. *Il caso RFT c. Commissione del 1990.* – 4.2.2. *Il regolamento n. 2988/95.* – 4.3. Conclusioni.

4.0. Il sistema sanzionatorio comunitario immediato di diritto amministrativo punitivo: il sistema sanzionatorio accentrato e decentrato.

Si è già evidenziato che l'attuazione del diritto comunitario all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati membri avviene in modo tendenzialmente uniforme, posto che per tutti gli Stati membri operano tanto l'*obbligo di attuazione conforme del diritto comunitario* quanto il principio di preminenza del diritto CE.

È stato infatti illustrato il processo di europeizzazione degli strumenti di attuazione nazionale del diritto comunitario e, quindi, le modalità con cui *i sistemi sanzionatori degli Stati membri* sono stati chiamati ad attuare il diritto comunitario, predisponendo, tramite l'individuazione di *sanzioni nazionali*, un regime di attuazione nazionale del diritto CE in modo comunitariamente conforme.

Nel fare ciò, si è anche posto in luce che il diritto e il processo di integrazione comunitaria può avere eventualmente comportato una indiretta e incidentale armonizzazione del diritto penale nazionale, sempre tuttavia garantendo – come principio implicito generale del diritto comunitario – il rispetto del principio di legalità penale riconosciuto dagli Stati membri. Del

tutto diverso è invece *il sistema sanzionatorio comunitario di diritto amministrativo punitivo*, inteso come potere comunitario di sanzionare *direttamente* le violazioni del diritto comunitario tramite sanzioni comunitarie: in tal caso infatti la sanzione e la punibilità delle violazioni del diritto comunitario sono *direttamente* rinvenibili in regolamenti, perché ai fini dell'applicazione della sanzione non è necessaria una legge nazionale di attuazione.

Più in particolare, il sistema sanzionatorio comunitario di diritto amministrativo punitivo si fonda su due diverse tipologie di regolamenti: i primi prevedono le “sanzioni amministrative CE a carattere accentrato”, come tali irrogate e applicate direttamente dalle istituzioni comunitarie, e quelli che prevedono le “sanzioni amministrative CE a carattere decentrato”, e cioè irrogate dalle istituzioni comunitarie ma applicate dagli ordinamenti nazionali²⁰⁶. In entrambi i casi, tuttavia, le sanzioni sono immediate nel senso che non è necessario un atto nazionale di attuazione ai fini della loro irrogazione e applicazione, in quanto esse sono rinvenibili direttamente nei regolamenti.

Proprio per questo, tanto nel caso di “sanzione comunitaria accentrata”, quanto in quello di “sanzione comunitaria decentrata”, le sanzioni sono vere e proprie sanzioni comunitarie e cioè individuate in concreto a livello sopranazionale e dunque identiche per tutti gli Stati membri.

Alla luce di quanto fin qui esposto, la locuzione “sistema sanzionatorio comunitario” appare suscettibile di diversi significati: può essere intesa *in senso stretto*, e, quindi come potere comunitario di imporre direttamente dalla Comunità ovvero di esigere dagli Stati l'imposizione di *sanzioni comunitarie*; ovvero *in senso ampio*, così da ricomprendere, oltre alle sanzioni *comunitarie* di cui prima, *le sanzioni nazionali* che gli Stati membri sono obbligati a predisporre in virtù dell'obbligo di sincera cooperazione, secondo quanto già analizzato trattando del processo di

²⁰⁶ Sul punto v. A. BERNARDI, *L'europaizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 30; K. TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993, p. 213; Cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenza dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela di beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 49.

europizzazione degli strumenti nazionali di attuazione.

Riservando al prosieguo l'esame del quadro d'insieme del sistema sanzionatorio comunitario ampiamente inteso e, quindi, delle modalità complessive con cui sono sanzionate le violazioni del diritto comunitario, occorre soffermarsi sul sistema sanzionatorio comunitario immediato di diritto amministrativo punitivo, sia di quello accentrato che di quello decentrato.

4.1. Il sistema sanzionatorio accentrato.

In origine, il Trattato CE non aveva previsto a favore della Comunità un ampio potere sanzionatorio²⁰⁷; tuttavia, aveva previsto la possibilità di sanzionare direttamente, tramite l'imposizione di sanzioni comunitarie da parte della Commissione, le violazioni della normativa comunitaria nel settore della concorrenza.

Quest'ultimo, verosimilmente perché considerato il cuore dell'integrazione economica, ha quindi avuto una *base giuridica specifica* all'interno del Trattato che in tema di concorrenza ha autorizzato l'imposizione diretta di sanzioni (ammende e penalità di mora di carattere punitivo, ma non di natura penale²⁰⁸) contro le quali è possibile proporre ricorso di fronte alla CGCE²⁰⁹.

L'art. 83 n. 2, lett. a) TCE in materia di concorrenza, infatti, prevedendo la possibilità di emanare regolamenti e direttive per l'imposizione diretta di ammende e penalità di mora da parte della

²⁰⁷ Tuttavia nel Trattato CECA vi erano più norme che prevedevano espressamente una competenza di carattere punitivo; sul punto v. A. BERNARDI, *L'europizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 30.

²⁰⁸ Il carattere penale delle «ammende e penalità di mora» è esplicitamente escluso dal regolamento 17/62 del 6 febbraio 1962; in dottrina, sul punto, v. G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, p. 47; A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturati*, Milano, 2007, p. 170.

²⁰⁹ Cfr. VERVAELE J.A.E., *Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?*, in J.A.E. VERVAELE (a cura di), *Administrative Law Application and enforcement of Community Law in the Netherlands*, Deventer, 1994, p. 166.

Comunità, è l'esempio principe di questa modalità di estrinsecazione del sistema sanzionatorio comunitario di diritto amministrativo punitivo, ma non è l'unico modo in cui le violazioni del diritto comunitario sono state sanzionate direttamente dalla Comunità. La prassi ha piuttosto evidenziato che, per l'imposizione diretta di sanzioni da parte della Comunità, non è imprescindibile l'individuazione di una base giuridica specifica da parte del Trattato sulla falsariga di quanto previsto in materia di concorrenza dall'art. 83 TCE²¹⁰.

Il diritto comunitario primario, infatti, non esclude la possibilità di imposizione diretta di sanzioni comunitarie accentrate tramite una base giuridica non specifica. In questa direzione e guardando all'esperienza passata, basta porre mente all'art. 79.3, comma 2, TCE (oggi art. 75.3. I cpv.), in materia di concorrenza nel settore dei trasporti, in base al quale sono stati emanati diversi regolamenti che hanno autorizzato la Commissione europea ad applicare direttamente sanzioni interdittive o pecuniarie di natura punitiva²¹¹.

Alla luce della legislazione comunitaria è quindi possibile affermare che il potere comunitario di imporre direttamente delle sanzioni comunitarie tramite la Commissione secondo i dettami del sistema sanzionatorio accentrato, è limitato al settore della concorrenza; tuttavia, parte della dottrina non esclude che nel contesto di un Trattato quadro qual è il TCE – che attribuisce alle istituzioni comunitarie l'elaborazione delle politiche comuni – la potestà sanzionatoria diretta della Comunità «esista tutte le volte che al Consiglio sia attribuita la competenza generale di adottare tutte le misure necessarie per sviluppare una politica in un settore specifico»²¹². L'assunto, del resto, potrebbe essere confermato dall'interpretazione

²¹⁰ Sul punto v. J.A.E. VERVAELE, *Administrative sanction powers of the Community. Towards a system of European administrative sanctions?*, in J.A.E. VERVAELE (a cura di), *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands*, Deventer, 1994, p. 164.

²¹¹ Cfr. al riguardo J.A.E. VERVAELE, *Administrative sanction powers of the Community. Towards a system of European administrative sanctions?*, in J.A.E. VERVAELE (a cura di), *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands*, a cura di J.A.E. VERVAELE, Deventer, 1994, p. 165.

²¹² Cfr. C. RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturati*, Milano, p. 87.

dell'art. 179 (attuale art. 229) del TCE data dalla CGCE nel caso 240/90. Da un lato, infatti, l'art. 229 TCE prevede che i regolamenti comunitari possono attribuire alla CGCE una competenza giurisdizionale anche di merito per ciò che concerne le sanzioni in essi previste; dall'altro lato la CGCE ha statuito che tale articolo concerne esclusivamente le sanzioni imposte direttamente dalle istituzioni comunitarie²¹⁴.

4.2. Il sistema sanzionatorio decentrato.

Come si è detto, i Trattati hanno previsto espressamente un sistema sanzionatorio solo per le ipotesi di violazione della normativa comunitaria nel settore della concorrenza. Con il passare del tempo, però, a questa competenza sanzionatoria si è aggiunta un'altra modalità di estrinsecazione del sistema sanzionatorio comunitario immediato di diritto amministrativo punitivo: il riferimento è al sistema sanzionatorio decentrato²¹⁵, che, non essendo stato previsto in origine dai Trattati, è emerso *in itinere*²¹⁶. Esso è sorto infatti negli anni Ottanta in base all'emanazione di c.d. nuovi regolamenti²¹⁷; ancorché la sua consacrazione non sia da attribuire alla

²¹⁴ Più in particolare, l'art 229 TCE statuisce che i regolamenti adottati dalle istituzioni comunitarie «possono attribuire alla Corte di giustizia una competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei regolamenti stessi»; la CGCE, nel caso *RFA. C. Commissione*, n. 240 del 1990, ha affermato – al punto 34 – che «l'art. 229 TCE riguarda solo le sanzioni determinate e imposte direttamente dalle istituzioni comunitarie». Sul punto v. N. HAEKKERUP, *Controls and Sanctions in the EU law*, Copenhagen, 2001, p. 222.

²¹⁵ Sul sistema sanzionatorio decentrato v. A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturati*, Milano, 2007, p. 176; A. BERNARDI, *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, p. 48.

²¹⁶ Sul punto v. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenza dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela di beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 150.

²¹⁷ V. sul punto A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturati*, Milano, 2007, p. 172.

emanazione di detti regolamenti, quanto alla attività della CGCE e, in un secondo momento, al regolamento 2988/95 di cui si avrà modo di discutere successivamente.

Occorre al tal riguardo evidenziare che la formulazione del Trattato CE non prevede una disposizione di ampio respiro che legittimi l'esistenza di un sistema sanzionatorio comunitario per le violazioni del suo diritto, ma neanche la esclude del tutto; come è stato notato, l'esistenza di una competenza sanzionatoria comunitaria «non è stata esclusa *a priori* ma diversamente fondata e argomentata»²¹⁸.

Alla fine degli anni Ottanta, infatti, la Comunità iniziò ad emanare una serie di “nuovi” regolamenti ritenuti dalla dottrina *sui generis* per un duplice ordine di motivi: sia perché prevedevano sanzioni in funzione «afflitivo-punitiva»²¹⁹ (perché interdittive o perché, anche se di solo contenuto patrimoniale, presentavano un carattere repressivo e non meramente risarcitorio e riparatorio) ulteriori rispetto a quelle menzionate in sede di concorrenza; sia perché prevedevano nuove modalità di irrogazione della sanzione da parte degli Stati membri²²⁰ (dove il nome di sanzioni decentrate). I “nuovi” regolamenti quindi, oltre a prevedere sanzioni né disciplinate né menzionate dal Trattato, imponevano sugli Stati un'obbligazione dallo schema procedurale sostanzialmente nuovo: di imporre essi stessi, in modo decentrato, le sanzioni comunitarie per le violazioni del diritto comunitario. L'entrata in vigore di questi regolamenti, quindi, oltre a prevedere nuove sanzioni rispetto a quelle previste dal Trattato, ha obbligato gli Stati ad imporle.

4.2.1. Il caso RFT c. Commissione del 1990.

La crescente influenza quantitativa e qualitativa del diritto comunitario tramite questi nuovi regolamenti non fu tuttavia ben accolta da

²¹⁸ Così R. SICURELLA, *Diritto penale e competenza dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela di beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 151.

²¹⁹ A. BERNARDI, *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, p. 50.

²²⁰ *Ex plurimis*, Cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenza dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela di beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 150.

taluni Stati membri, prima tra tutti la Repubblica Federale Tedesca, la quale sostenne che due regolamenti nel settore della agricoltura dovessero essere oggetto di annullamento: più nel dettaglio, il governo tedesco eccepì che la Comunità non fosse legittimata ad irrogare sanzioni punitive diverse rispetto a quelle contenute nelle disposizioni del Trattato (ammende e penalità di mora *ex art. 87 TCE*) e non potesse, a maggior ragione, esigere l'imposizione di tali sanzioni dalle autorità statali degli Stati membri. È in questo scenario, quindi, che si inserisce la celebre sentenza *RFT c. Commissione* della CGCE del 1992²²¹ in cui la CGCE, respingendo il ricorso presentato dalla *RFT*, ha statuito a favore della legittimità dei “nuovi regolamenti”, riconoscendo non solo la possibilità di decentrare l'applicazione della sanzione comunitaria agli Stati, ma anche il carattere punitivo di tali sanzioni affermando che esse «vanno al di là della restituzione di una indebita prestazione indebitamente versata»²²².

E tuttavia proprio il riconoscimento del carattere punitivo di tali sanzioni generò dei dubbi poiché mancava una chiara definizione dei contorni di questa competenza sanzionatoria comunitaria.

Ed invero, nel ricorso presentato dal governo tedesco uno degli argomenti per cui le sanzioni irrogabili dalla Comunità sarebbero state unicamente quelle pecuniarie previste dalle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza, riposava sul fatto che altrimenti non sarebbe stato possibile, alla luce delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri, distinguere la sanzione penale da quella amministrativa²²³.

Orbene, nella sentenza in oggetto la CGCE, pur richiedendo espressamente quale condizione di legittimità della sanzione il requisito

²²¹ La sentenza è pubblicata con nota di G. GRASSO, *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993, p. 739.

²²² Il carattere punitivo – e non meramente riparatorio o risarcitorio – delle sanzioni *sui generis* previste dai “nuovi” regolamenti, contrariamente alla qualificazione svolta dalla Commissione – che le considerava cauzioni o mere pene private –, è quindi riconosciuto dalla CGCE, ma in modo implicito; sul punto v. A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturati*, Milano, 2007, p. 177. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenza dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela di beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 163.

²²³ V. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenza dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela di beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 162.

della «necessità» per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla normativa comunitaria²²⁴, tuttavia non specificò l'estensione di tale potere normativo di sanzione, se cioè esso dovesse ritenersi limitato o meno in base alla materia da tutelare.

Per comprendere meglio i termini del problema, occorre avere presente che nel caso di specie la controversa competenza punitiva si innestava sull'odierno art. 34 commi 2 e 3 del TCE che, pur non statuendo un generico potere di sanzione a favore della Comunità, tuttavia l'autorizza ad intraprendere genericamente «tutte le misure necessarie al raggiungimento degli obiettivi definiti dall'art. 33 [*rectius*: della politica agricola comune]». Detto in altri termini, anche se alla luce della sentenza in oggetto era chiara la legittimità delle nuove sanzioni comunitarie e del nuovo procedimento di applicazione della sanzione, non era del tutto chiara l'estensione di tale potere sanzionatorio.

L'incertezza riguardava l'estensione del potere normativo di sanzione punitiva, nel senso che non era chiaro se riconoscere tale potere limitatamente al settore della politica agricola comune e agli altri settori in cui le disposizioni del trattato espressamente autorizzano le istituzioni comunitarie ad adottare tutte le misure utili ovvero, anche in mancanza di formule di questo tipo, a tutti i settori di competenza comunitaria *tout court*.

Orbene, nonostante detti regolamenti siano stati emanati in particolare nel settore della agricoltura e della pesca, la loro legittimità non sembra potersi limitare a questi settori. Ed invero, sia la dottrina²²⁵ che la CGCE²²⁶ concordano nel ritenere che la CE possa esigere dagli Stati

²²⁴ Al riguardo, infatti, R. SICURELLA, *Diritto penale e competenza dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela di beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 159, afferma che «la Corte aderisce ad una ricostruzione del potere sanzionatorio dell'ente sopranazionale quale potere funzionale e strumentale rispetto al raggiungimento degli obiettivi della stessa costruzione europea previsti dal Trattato [...]».

²²⁵ Sul punto cfr. A. BERNARDI, *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, p. 49; l'A. nota si stia affermando con forza crescente la tesi secondo cui «sussiste la possibilità per le istituzioni comunitarie di adottare atti corredati di sanzioni sovrastatali nei diversi settori di competenza comunitaria, laddove tali sanzioni si rivelino misure “utili” o “necessarie” in vista del raggiungimento degli obiettivi prefissati dagli atti in questione». Cfr. inoltre A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, 2000, pp. 180 e p. 181.

²²⁶ CGCE, C-177/95, 27 febbraio 1997, *Ebony Maritime c. Prefetto di Brindisi* dove si

membri l'imposizione di sanzioni comunitarie non soltanto nel settore della politica agricola comune o al ricorrere di disposizioni che prevedano il ricorso a «tutte le misure necessarie», ma che invece il potere di sanzione punitiva della Comunità, integrato il requisito della necessità di cui prima, abbia natura complementare ed accessoria rispetto ai settori di competenza del diritto comunitario.

Del resto, il Caso C-240/90 ben si ascrive nel più ampio fenomeno dell'integrazione positiva derivante dal diritto comunitario perché, prevedendo regole comunitarie per sanzionare le violazioni del diritto CE, si pone in perfetta progressione con le sentenze *Amsterdam Bulb* e *Mais greco* che, nel sancire l'obbligo di predisporre un regime di attuazione nazionale del diritto comunitario adeguato *ex art. 10 TCE*, affermarono che «qualora la normativa comunitaria non commini sanzioni particolari a carico dei singoli che non si conformino a quanto da essa disposto, gli Stati membri hanno la facoltà di stabilire le sanzioni che ritengano opportune».

In questo senso, l'estensione del potere normativo di sanzione non va ricercato nella sola sentenza *RFA c. Commissione* del 1992, ma anche nelle sentenze *Amsterdam Bulb* e *Mais greco* che rappresentano il *background* giurisprudenziale di riferimento in punto di integrazione comunitaria di segno positivo. In queste due sentenze, infatti, la CGCE aveva già affermato che «Qualora una disciplina comunitaria non contenga una specifica norma sanzionatoria di una violazione o che rinvii in merito alle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative nazionali, l'art. 5 del Trattato impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario»²²⁷; con ciò implicitamente sottintendendo che «l'ipotesi normale» è quella in cui sia la stessa normativa comunitaria a prescrivere le sanzioni per le violazioni del suo diritto.

Orbene, con la sentenza *RFA c. Commissione* del 1992 la Corte di

afferma secondo «giurisprudenza costante» («secondo giurisprudenza costante, *qualora* un regolamento comunitario non contenga alcuna disposizione specifica che preveda una sanzione in caso di trasgressione o faccia rinvio, al riguardo, alle disposizioni legislative, regolamentari, amministrative nazionali, l'art. 5 del Trattato CE impone...») che la competenza sanzionatoria accessoria della Comunità acceda a tutte le aree di competenza normativa di cui la stessa CE è titolare.

²²⁷ CGCE, 21 settembre 1988, *Commissione c. Grecia*, C-68/88, punto 23.

Giustizia ha consacrato come legittima l'introduzione – tramite atti di diritto comunitario derivato – delle *nuove* sanzioni comunitarie “decentrate” in funzione afflittivo-punitiva. Ciò consentiva di iniziare ad intravedere, nonostante il silenzio del Trattato sul punto, un sistema sanzionatorio comunitario strettamente inteso per le violazioni del diritto comunitario; sistema ancora disorganico, verosimilmente a causa del suo sviluppo *in itinere* del processo di integrazione comunitaria.

Proprio per sopperire a tale disorganicità, successivamente al predetto riconoscimento di un generale potere normativo di sanzione punitiva, è stato emanato il regolamento n. 2988/95, che ha provveduto a fornire un modello di disciplina per il sistema punitivo amministrativo da esso regolamentato in maniera generale.

Ed invero, una volta escluso che le aree di competenza punitiva amministrativa della Comunità potessero essere determinate in modo fisso e riconosciuto invece che le aree di competenza punitiva sono esse stesse *work in progress*, occorreva determinare – se non le possibili materie di intervento – almeno le modalità di esercizio della competenza sanzionatoria immediata di diritto amministrativo punitivo.

4.2.2. Il regolamento n. 2988/95.

Il regolamento n. 2988/95 – poi integrato e completato da quello n. 2185/96 del 11.11.1999²²⁸ – costituisce un importante tassello dell'integrazione comunitaria ampiamente intesa, che interviene con il chiaro intento di disciplinare il sistema sanzionatorio decentrato di cui ai nuovi regolamenti, consacrato con la sentenza 240/90 della CGCE, provvedendo ad un'imponente opera di armonizzazione giuridica²²⁹.

²²⁸ Questo regolamento disciplina i controlli e le verifiche sul posto effettuate dalla Commissione ai fini della tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee contro le frodi e le altre irregolarità. Con l'emanazione dei regolamenti di cui sopra è stato quindi predisposto un quadro normativo comune a tutti i settori delle Comunità in materia di controlli e di sanzioni a tutela degli interessi comunitari.

²²⁹ Sull'opera armonizzatrice ampiamente intesa comportata dal regolamento in questione v. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 170 e ss.; A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e*

Esso è, infatti, un regolamento-quadro²³⁰ (l'art. 1 comma 1 emblematicamente prevede che «ai fini della tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee è adottata una *normativa generale* relativa a dei controlli omogenei e a delle misure e sanzioni amministrative riguardanti le irregolarità relative al diritto comunitario») che fornisce diverse e utili nozioni generali per ricostruire la struttura del sistema sanzionatorio punitivo amministrativo di diritto comunitario sul presupposto – chiaramente affermato al settimo considerando – «che le sanzioni amministrative comunitarie debbono assicurare un'adeguata tutela di tali interessi» sicché «occorre stabilire regole generali da applicarsi a tali sanzioni»²³¹.

In primo luogo non è assolutamente superfluo notare che detto regolamento sancisce «alcuni principi ((legalità, proporzionalità, colpevolezza, *ne bis in idem*) largamente recepiti nei moderni stati di diritto»²³². In secondo luogo, esso fornisce una fondamentale definizione di «irregolarità», che è costituita «da qualsiasi violazione di una disposizione di diritto comunitario derivante da un'azione o un'omissione che abbia o possa avere come conseguenza un pregiudizio al bilancio comunitario» – art. 1, comma 2 –.

Si tenga presente, inoltre, che l'art. 7.1. della proposta della Commissione per l'emanazione del regolamento 2988/95 conteneva una definizione generale delle *sanzioni amministrative*, come «le misure previste dalla legislazione comunitaria, allo scopo di reprimere i comportamenti previsti dall'articolo 5 (combattere le irregolarità) ed aventi conseguenze finanziarie od economiche sfavorevoli per le persone fisiche o

repressione. L'esempio dei fondi strutturali, Milano, 2000, p. 149 e ss.

²³⁰ La natura di Regolamento quadro discende dai considerando, n. 4, che prevede «la predisposizione di un contesto giuridico comune a tutti i settori contemplati dalle politiche comunitarie», e n. 7, secondo cui, invece, «occorre stabilire regole generali...». Ciò nonostante esso, pur gettando luce su diversi aspetti, ne tralascia altri: che il regolamento sia «lacunoso», perché non prevede la disciplina di alcuni istituti, quali, ad esempio, il tentativo e le principali cause di giustificazione, è affermato da A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, p. 149, cui si rimanda per una dettagliata analisi del problema.

²³¹ VII Considerando del regolamento 2988 del 1995.

²³² Così A. BERNARDI, *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, p. 53.

giuridiche» a cui si applicano²³³. Orbene, questa disposizione di più ampia portata definitoria non è stata riprodotta nel regolamento; ciononostante appare possibile abbozzare egualmente una distinzione tra le «misure amministrative» disciplinate all'art. 4 e le «sanzioni amministrative» di cui all'art. 5.

Da un lato, infatti, si collocano le «misure sanzionatorie» alle quali l'art. 4 del regolamento riconosce carattere meramente risarcitorio, prevedendo che «ogni irregolarità comporta, in linea generale, la revoca del vantaggio indebitamente ottenuto»; proprio esse «non sono considerate sanzioni»²³⁴ dallo stesso regolamento e non richiedono pertanto, quale elemento costitutivo ai fini dell'integrazione, l'accertamento del carattere doloso o colposo dell'azione.

Dall'altro lato, invece, all'art. 5 del regolamento sono disciplinate le «sanzioni amministrative» che contrariamente alle misure sanzionatorie richiedono l'accertamento del carattere doloso o colposo dell'irregolarità²³⁵. Un altro elemento individualizzante di questo tipo di «sanzioni amministrative» è inoltre il loro carattere economico. Come accennato, nel regolamento n. 2988 del 1995, non è rinvenibile una chiara definizione di sanzione amministrativa perché è privilegiata una descrizione di tipo casistico: l'art. 5, oltre a elencare delle possibili sanzioni amministrative, prevede che «altre sanzioni, di carattere esclusivamente economico, aventi natura e portata equivalenti, contemplate dalle normative settoriali...in necessità proprie del settore» siano inquadrabili nel novero delle sanzioni amministrative ai sensi del regolamento stesso. L'art. 5 quindi, anche se non fornisce una definizione generale della sanzione amministrativa, ne indica il carattere economico quale elemento caratterizzante, così ponendosi in linea con la proposta di regolamento presentata dalla Commissione e anzi ricordata. Esso infatti, in definitiva, disciplina «sanzioni amministrative» a carattere economico e in funzione affittivo-punitiva.

Orbene, sempre sulla base del regolamento 2988/95, è possibile distinguere la «sanzione amministrativa» di cui all'art. 5 citato dalla

²³³ Proposta di regolamento relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità, COM/94/215.

²³⁴ Art. 4 comma 4 regolamento n. 2988 del 1995.

²³⁵ E, quindi, si pongono rispetto a queste in una linea di “progressione offensiva”.

sanzione penale nazionalmente intesa.

A tal riguardo occorre però preliminarmente stabilire un punto fermo: quelle previste esplicitamente o implicitamente all'art. 5 del regolamento sono sanzioni che il regolamento definisce «sanzioni amministrative»; del resto, non potrebbero essere definite sanzioni risarcitorie o riparatorie perché colpiscono il patrimonio dell'autore della violazione colpevole in modo proporzionato alla colpevolezza²³⁶.

Dunque, nonostante le finalità preventive e il carattere repressivo e, quindi, la natura intrinsecamente punitiva della sanzione, ben distinta dalle sanzioni risarcitorie o restitutorie, appare senza dubbio improprio collocare le «sanzioni amministrative» comunitarie nel novero delle sanzioni penali *strictu senso* intese.

La CGCE nel caso n. 240 del 1990 ha sorvolato sul punto che, tuttavia, era stato affrontato in sede di Conclusioni dall'Avvocato-Generale Jacobs e risolta nel senso che il caso di specie non riguardasse delle sanzioni penali. Secondo l'opinione dell'Avvocato generale Jacobs l'elemento caratterizzante la sanzione penale è il carattere stigmatizzante connesso ad un rimprovero di colpevolezza, perché, anche se le sanzioni amministrative possono avere carattere dissuasivo, le sanzioni penali implicano una disapprovazione sociale e una condanna morale.

Orbene, la sanzione delineata all'art. 5 del regolamento non è una sanzione risarcitoria o restitutiva, perché presuppone la lesione di diritti dell'autore colpevole, il cui ammontare è proporzionato alla colpevolezza dello stesso²³⁷, non è penale, perché è priva di stigmatizzazione sociale; utilizzando quindi la terminologia nota nel contesto italiano, sarebbe da ascrivere nel novero delle «sanzioni amministrative punitive».

Se però passiamo da un'analisi teorica ad un'analisi pratica, il criterio più convincente ed immediato per capire la natura della sanzione (amministrativa punitiva o penale) parrebbe essere un altro: le seconde possono essere applicate sempre e solo da giudici.

²³⁶ Che le sanzioni amministrative di cui all'art. 5 si applichino in funzione della colpevolezza è evidenziato R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 178.

²³⁷ Il riferimento è al principio di proporzione previsto dall'art. 2 del regolamento. Cfr. sul punto CGCE, 20 febbraio 1979, C 122/78, *Buitoni*.

In una prospettiva di ampio respiro e se si escludono le sanzioni detentive (arresto, reclusione ed ergastolo), le altre sanzioni punitive, siano esse pecuniarie/patrimoniali ovvero interdittive, non sono differenziabili da quelle penali da un punto di vista ontologico, ma solo in virtù della scelta con cui è stato deciso di qualificarle amministrative piuttosto che penali. Non a caso, un Maestro del diritto penale insegna che il contrassegno penalistico di una norma non è questione di teoria generale del diritto, ma è analisi da condursi esclusivamente in concreto su un dato ordinamento²³⁸; su questo banale, ma tanto fondamentale e prezioso insegnamento si avrà luogo di tornare nello sviluppo della tesi.

Adesso però, nel delineare i tratti fondamentali del sistema sanzionatorio comunitario, occorre evidenziare che il Titolo I del regolamento quadro n. 2988 del 1995 sancisce i «principi generali» (*rectius*: diritti fondamentali) della regolamentazione del potere sanzionatorio comunitario di diritto pubblico punitivo: non soltanto sono enunciati all'art. 2 i «principi generali» di sussidiarietà, legalità e proporzione ma inoltre e più specificamente, il principio di legalità è modulato come principio di riserva di regolamento (sia per ciò che attiene al precetto che alla sanzione), principio di proporzione, principio di tassatività, principio di colpevolezza, principio di irretroattività sfavorevole e di retroattività favorevole²³⁹.

È dunque evidente che il regime di applicazione delle sanzioni comunitarie decentrate di diritto amministrativo punitivo obbliga, a livello nazionale, al rispetto dei principi generali da esso previsti. Com'è stato notato infatti, visto che l'art. 2 del regolamento sarebbe «espressione di principi generali del diritto comunitario, ispirati alle tradizioni costituzionali degli Stati membri e alle convenzioni internazionali alle quali essi hanno cooperato o aderito», nell'applicazione nazionale della sanzione comunitaria di cui al Regolamento 2988 del 1995 «il rispetto dei diritti fondamentali operanti nell'ordinamento comunitario si impone anche alle autorità degli

²³⁸ M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Volume I, *La legge penale*, Torino, 1999, p. 4, secondo cui «Deve essere chiaro che la ricerca sui caratteri che contrassegnano come giuridico-penale una certa regola non è ricerca di teoria generale. Si può rispondere alla domanda solo sul piano dell'analisi di un concreto ordinamento».

²³⁹ Al riguardo v. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, 2005, p. 174 e ss.

Stati membri, in applicazione della giurisprudenza in materia della Corte di Giustizia»²⁴⁰.

4.3. Conclusioni.

Alla luce di quanto fin qui esposto, deve dunque prendersi atto dell'avvenuta emersione di un sistema sanzionatorio comunitario di diritto amministrativo punitivo che assume oggi caratteri sia di sistema "accentrato", che "decentrato"; in entrambi i casi – posto che sia la sanzione che il precetto sono previsti in regolamenti, anche se la sanzione in un caso è direttamente applicata dalla Comunità, mentre nell'altro dai singoli Stati membri – la Comunità gode di un sistema sanzionatorio immediato di diritto amministrativo punitivo, che prescinde cioè del tutto da leggi nazionali di attuazione.

²⁴⁰ A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, p. 195; conforme G. GRASSO, *Relazione di sintesi*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, p. 397.

CAPITOLO QUINTO

IL DIRITTO PENALE IN EUROPA

5.0. L'assenza di una potestà penale di diritto comunitario e la cooperazione in materia penale. – 5.1. La cooperazione di prima generazione. – 5.2. Il Trattato di Maastricht. – 5.3. Il Trattato di Amsterdam: lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia. – 5.3.1. *Gli obiettivi.* – 5.3.2. *Il ruolo delle istituzioni.* – 5.3.3. *Gli atti normativi di terzo pilastro.* – 5.3.4. *Effetto diretto e decisioni quadro.* – 5.4. Conclusioni

5.0. L'assenza di una potestà penale di diritto comunitario e la cooperazione in materia penale.

Dato contezza dell'europeizzazione degli strumenti di attuazione nazionale del diritto CE, della competenza punitiva indiretta della CE e del sistema sanzionatorio comunitario immediato di diritto amministrativo punitivo (nelle due varianti di cui al sistema accentrato e decentrato), occorre adesso introdurre quella che in sede di premessa è stata definita come la seconda stagione del diritto penale europeo. A tal riguardo, deve farsi subito presente che per unanime interpretazione il TCE, oltre a non attribuire alla Comunità un generico potere di sanzione punitiva, *a fortiori* non attribuisce alle istituzioni comunitarie una competenza penale espressa²⁴¹; gli Stati pur non potendo paralizzare i “ciechi” meccanismi giuridici sottesi al processo di europeizzazione degli strumenti di attuazione nazionale del diritto comunitario, erano riusciti a preservare il monopolio della potestà legislativa in materia penale quale “zoccolo duro” della

²⁴¹ *Ex plurimis*, cfr. M. FLETCHER-R. LOOF-B. GILMORE, *Eu criminal law and justice*, Cheltenham, 2008, p. 175; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 14, cui si rimanda per approfonditi riferimenti bibliografici sul punto.

sovranità nazionale. Come già esposto, la Comunità non poteva imporre agli Stati il ricorso allo strumento penale; e tuttavia gli Stati potevano egualmente essere obbligati, in virtù dell'obbligo di attuazione conforme, a predisporre un regime di tutela che fosse assimilabile a quello nazionale, proporzionale, deterrente e dissuasivo.

In questa prima fase, precedente all'istituzione dell'UE tramite la sua originale architettura a Pilastri, gli Stati erano peraltro liberi di stipulare accordi e Convenzioni, secondo le relazioni interstatali, in virtù dei comuni principi di diritto internazionale²⁴². Dunque, nonostante l'assenza di competenza penale in capo alla Comunità e spesso in base alla facoltà degli Stati di procedere parallelamente in ambito penale sin dagli anni settanta gli Stati hanno iniziato a cooperare nel settore penale, anche se con modalità del tutto autonome rispetto all'esperienza comunitaria al fine di riservarsi il monopolio delle scelte sanzionatorie in questo particolare settore del diritto.

Orbene, svolgendo una panoramica d'insieme e analizzando l'evoluzione della cooperazione in materia penale maturata dagli Stati membri fino ad oggi, non appare superfluo notare che la situazione odierna è ben lontana sia in termini quantitativi che qualitativi, da quella fin qui tratteggiata; anzi, con il passare dei decenni, la cooperazione in materia penale tra gli Stati membri si è progressivamente evoluta fino a divenire – con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – competenza comunitaria assimilata alle materie tipiche del diritto comunitario quali ad esempio la concorrenza, l'ambiente, i trasporti, l'agricoltura.

L'evoluzione del percorso di integrazione europea, infatti, evidenzia diversi gradi e stadi²⁴³ che si pongono in una relazione inversamente proporzionale con la discrezionalità del legislatore nazionale: tanto più la cooperazione è progredita, tanto meno la discrezionalità del legislatore (*rectius*: la riserva di legge in materia penale) è rimasta meramente

²⁴² Sul carattere e sullo sviluppo di questo tipo di cooperazione intergovernativa in Europa v. J.A.E. VERVAELE, *Supranational rules governing cooperation in administrative and criminal matters*, in J.A.E. VERVAELE-A. KLIP (a cura di), *European cooperation between tax customs and judicial Authorities*, The Hague-London-New York, 2002, p. 28; v. anche S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2006, p. 6.

²⁴³ Suddivide i rapporti tra diritto penale ed ordinamento europeo in tre fasi L. PICOTTI, *Superamento della tecnica del "doppio testo" e tutela penale 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*, Milano, 2008, p. 331.

nazionale.

Così, attraverso diversi gradi di cooperazione che si differenziano per l'espansione sia del ruolo delle istituzioni comunitarie che dei “principi istituzionali” del diritto comunitario e si snodano attraverso i Trattati di Maastricht e di Amsterdam, fino al Trattato di Lisbona, il diritto penale da materia di competenza esclusiva degli Stati, al più oggetto di cooperazione interstatale secondo i dettami del diritto internazionale, è invece divenuto una competenza concorrente dell'ente sopranazionale UE con i rispettivi Stati membri. Esso si è cioè progressivamente allontanato dagli schemi del diritto *internazionale* per essere definitivamente attratto, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nell'orbita dei principi e del metodo di funzionamento dell'ente *sopranazionale*.

5.1. La cooperazione di prima generazione.

Come già esposto, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, gli Stati membri preferirono disciplinare la cooperazione in materia penale in modo autonomo rispetto all'esperienza comunitaria e, quindi, tramite relazioni interstatali disciplinate dal diritto internazionale: il risultato di tale cooperazione è oggi conosciuto come “Cooperazione Politica Europea”²⁴⁴.

In questa prima fase, dunque tali forme di cooperazione interstatale non avevano “possibilità di contatto” con le istituzioni e i principi del diritto comunitario; il diritto penale degli Stati membri e l'ordinamento comunitario erano infatti strutturati secondo un rapporto di reciproca «estraneità»²⁴⁵, anche se tra alcuni Stati si realizzò la cooperazione di

²⁴⁴ Cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 95. Cfr. G. GRASSO, *Introduzione: diritto penale e integrazione europea*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 82.

²⁴⁵ Così L. PICOTTI, *Superamento della tecnica del “doppio testo” e tutela penale 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*, Milano, 2008, p. 332, il quale afferma che nella fase tra il 1957 e 1988 «nessuna fonte di diritto comunitario derivato aveva avuto esplicitamente ad oggetto il diritto penale, che sembrava addirittura escluso dall'“europeizzazione” progressiva degli ordinamenti

Schengen²⁴⁶ al fine di realizzare la libertà di circolazione delle persone.

Alla luce di queste prime forme di cooperazione, nel 1987, gli Stati decisero di procedere ad una prima “sistematizzazione” delle esperienze di diritto internazionale messe in atto fino a quel momento con l’adozione dell’Atto Unico Europeo, nel cui Preambolo fu consacrato – per iscritto – per la prima volta il riconoscimento dei diritti fondamentali²⁴⁷.

L’intento dell’AUE era infatti duplice: da un lato creare uno spazio senza frontiere interne nel quale fosse assicurata la libertà di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali; dall’altro lato di fornire un quadro istituzionale unico per tutte le forme di «cooperazione politica europea» che poi si svilupparono all’esterno della Comunità tra gli Stati membri prima del 1993²⁴⁸.

Nell’intento quindi eliminare le frontiere tra Stati membri, quest’ultimi si trovarono a dover individuare delle «misure di compensazione» per contrastare i rischi che sarebbero derivati dall’eliminazione delle barriere e delle frontiere nazionali²⁴⁹; detto in altri termini, s’iniziò ad avvertire la necessità di una cooperazione più integrata tra gli Stati. Un’ottima cartina tornasole di quanto adesso sostenuto è rinvenibile negli intenti perseguiti dapprima negli Accordi e successivamente nella Convenzione di Schengen: mentre gli Accordi di Schengen del 1985 tendevano *al fine di facilitare* la libera circolazione delle persone, la Convenzione di attuazione degli Accordi di Schengen del 1990 – dunque successiva all’entrata in vigore, nel 1987, dell’Atto Unico Europeo – adotta una prospettiva completamente ribaltata, perché diviene di centrale importanza *il fine di contrastare i rischi* insiti nell’eliminazione delle

giuridici nazionali».

²⁴⁶ Il sistema Schengen è stato un laboratorio molto importante. Sul punto v. S. PEERS, *Eu Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2006; K.P. NANZ, *The Schengen agreement: preparing the free movement of person in the European Union*, in R. BIEBER-J. MONAR (a cura di), *Justice and Home Affairs in the European Union. The Development of the Third Pillar*, Bruxelles, 1995, p. 29.

²⁴⁷ Cfr. A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L’esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, p. 198.

²⁴⁸ Cfr. G. GRASSO, *Introduzione: diritto penale e integrazione europea*, in a cura di G. GRASSO e R. SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 83.

²⁴⁹ Cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 108.

barriere²⁵⁰.

Proseguendo in questa direzione, i tipi di cooperazione fin qui menzionati (CPE e Accordi e Convenzione di Schengen) acuirono, agli inizi degli anni Novanta, il bisogno di un approccio maggiormente strutturato al tema della cooperazione europea in materia penale²⁵¹; in breve, si attendeva l'elaborazione di una forma cooperazione più evoluta perché gli Stati avevano scoperto i vantaggi dell'esercizio comune della sovranità nazionale in quest'area del diritto²⁵².

5.2. *Il Trattato di Maastricht.*

Il primo tentativo di tutti gli Stati membri di far fronte ai problemi relativi la sicurezza interna è costituito dal Trattato di Maastricht che ha istituito l'UE tramite un'architettura strutturata su tre Pilastri²⁵³; in questo modo l'Unione si è aggiunta alle preesistenti Comunità, ma non può essere considerata una nuova e distinta organizzazione²⁵⁴; la ragione della struttura in Pilastri, come già accennato, è da rinvenire nell'intento perseguito dagli Stati membri di fornire un quadro istituzionale stabile alla collaborazione in importanti settori (la politica estera – secondo Pilastro – e di sicurezza – terzo Pilastro –), senza però subordinare queste materie alle regole

²⁵⁰ Sul punto e, più in generale, sul ruolo degli Accordi di Schengen quale «precursor, a “laboratory” for free movement of person in the Union» v. K.P. NANZ, *The Schengen agreement: preparing the free movement of person in the European Union*, in R. BIEBER-J. MONAR (a cura di), *Justice and Home Affairs in the European Union. The Development of the Third Pillar*, Bruxelles, 1995, p. 29.

²⁵¹ J.A.E. VERVAELE, *The europenisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration*, in P. DEMARET-I. GOVAERE (a cura di), *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe*, Bruxelles, 2005, p. 286, il quale afferma che «at the beginning of the 1990s there was clearly a need for a more structural and fundamental approach».

²⁵² Così G. BARRETT, *Cooperation in Justice and Home Affairs in the European Union – an Overview and a Critique*, in G. BARRETT (a cura di), *Justice Cooperation in the European Union*, Dublin, 1997, p. 8 secondo cui la cooperazione precedente l'istituzione dell'UE – a Maastricht nel 1993 – «can be seen as the period in which member states discovered the advantages to be derived from pooling their sovereignty in this area».

²⁵³ G. BARRETT, *Cooperation in Justice and Home Affairs in the European Union – an Overview and a Critique*, in G. BARRETT (a cura di), *Justice Cooperation in the European Union*, Dublin, 1997, p. 8, secondo cui il Trattato di Maastricht «contains within its provisions the first comprehensive effort by all the member states to deal with internal security matters».

²⁵⁴ Sul punto cfr. G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2003, p. 191.

giuridiche del sistema comunitario.

In particolare, il terzo Pilastro – denominato «Giustizia e Affari Interni»²⁵⁵ – ha ufficializzato l'ingresso del diritto penale in Europa²⁵⁶; orbene, l'ingresso del diritto penale nel sistema giuridico sopranazionale segna un passaggio “epocale” nella costruzione comunitaria: non soltanto la potestà statale cessa di essere il *dominus esclusivo* della competenza normativa di diritto penale in senso *tradizionale*, ma inoltre, in una prospettiva di più ampio respiro, con l'istituzione dell'Unione europea si abbandona un modello di cooperazione di carattere meramente economico e si inizia ad identificare un popolo europeo tramite l'istituzione della cittadinanza europea²⁵⁷.

Inoltre, con la struttura dell'UE basata su Pilastri, aventi diversi metodi di funzionamento (il primo pilastro, comunitario, il terzo pilastro, intergovernativo), si sono create le basi perché il metodo comunitario potesse avere dei potenziali “punti di contatto” con il diritto penale. La materia penale è stata posta, infatti, «all'interno della costruzione europea, ma al di fuori del quadro comunitario»²⁵⁸; in altri termini, gli Stati membri «“agganciano”, senza tuttavia confonderle col percorso comunitario»²⁵⁹, nuove forme di cooperazione in materia di giustizia creando, inevitabilmente, una dispersione dei meccanismi di diritto pubblico coercitivo²⁶⁰.

La cooperazione in materia penale di seconda generazione delineata

²⁵⁵ Sul terzo Pilastro in vigore del Trattato di Maastricht v. R. BIEBER-J. MONAR (a cura di), *Justice and Home Affaire in the European Union. The Development of the Third Pillar*, Bruxelles, 1995.

²⁵⁶ Così A.H. KLIP, *European Criminal Law: An Integrative Approach*, Antwerpen-Oxford, p. 17, il quale afferma che «The Maastricht Treaty formally opened the way to competences for the European Union in the field of criminal law».

²⁵⁷ Il riferimento è all'art. 8 TCE aggiunto con il Trattato di Maastricht.

²⁵⁸ Così G. GRASSO, *Prefazione*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003, p. 10, il quale, a sua volta, richiama H. LABAYLE, *L'application du traité sur l'Union Européenne net la matière pénale*, in *Vers un droit penal communautaire?*, Paris, 1995, p. 36-37.

²⁵⁹ M. CONDINANZI, *Fonti del «terzo pilastro» dell'Unione europea e ruolo della Corte Costituzionale*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2007, n. 3, p. 514.

²⁶⁰ Evidenzia questa dispersione dei meccanismi di diritto pubblico coercitivo tra primo e terzo pilastro J.A.E. VERVAELE, *Law Enforcement in Community Law within the first and the third Pillar: do they stand alone?*, in M. KOSKENNIEMI-K. TAKAMAA (a cura di), *The finish Yearbook of International law*, volume VII, Antwerpen, 1996, p. 368; l'articolo è stato pubblicato anche in lingua spagnola in *El Derecho Penal Europeo. Del Derecho Penal Economico y Financiero a un Derecho Penal federal*, Ubijus, Mexico, 2006, p. 187.

dal terzo Pilastro, dunque, se da un lato continua a basarsi su un approccio internazionalistico tipico delle relazioni interstatali, dall'altro lato è tuttavia strutturalmente diversa rispetto alla prima forma di cooperazione perché «più intensa e centralizzata»²⁶¹. Le relazioni interstatali non sono più poste in essere esclusivamente tra Stati membri²⁶², ma all'interno di queste iniziano a figurare le istituzioni comunitarie (*rectius*: il Consiglio, in funzione di organo apicale); ciò nonostante, persistono notevoli differenze tra primo e terzo Pilastro, quali, ad esempio, l'impossibilità di esperire azioni di infrazione contro gli Stati membri inadempienti alle obbligazioni assunte in sede di terzo Pilastro, l'assenza del ruolo della CGCE, l'assenza del ruolo del Parlamento europeo.

Ciò posto, è opportuno fare presente che, nonostante la *ratio* del terzo Pilastro fosse rappresentata dalla consapevolezza che i successi ottenuti e i possibili sviluppi della costruzione europea avrebbero potuto favorire forme di criminalità transnazionali (a causa dell'istituzione del mercato unico e del riconoscimento delle quattro libertà fondamentali²⁶³) non erano tuttavia chiari gli obiettivi che avrebbero dovuto supportare l'agire dell'UE in sede di terzo Pilastro²⁶⁴.

L'impalcatura europea infatti, proprio perché articolata su tre pilastri, aveva generato una certa dose di ambiguità di “forma” e di “contenuto”. L'ambiguità della *forma* riguardava la natura giuridica degli

²⁶¹ G. BARRETT, *Cooperation in Justice and Home Affairs in the European Union – an Overview and a Critique*, in G. BARRETT (a cura di), *Justice Cooperation in the European Union*, Dublin, 1997, p. 9, il quale passa in rassegna le diverse forme di incidenza del metodo comunitario sul metodo intergovernativo puro.

²⁶² Al riguardo, infatti, G. GRASSO, *Introduzione: diritto penale e integrazione europea*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 84, nota che con il terzo Pilastro nell'era Maastricht «la cooperazione giudiziaria in materia penale viene sottratta alla cooperazione politica tra gli Stati membri, e viene disciplinata in un ambito che, seppure distinto da quello propriamente comunitario rientra comunque nelle competenze dell'Unione europea».

²⁶³ V. G. GRASSO, *Prefazione*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitario*, Milano, 2003, p. 10.

²⁶⁴ Cfr. G. BARRETT, *Cooperation in Justice and Home Affairs in the European Union – an Overview and a Critique*, in G. BARRETT (a cura di), *Justice Cooperation in the European Union*, Dublin, 1997, p. 19. il quale evidenzia che «In contrast to the activities of the Community listed in the EC treaty (which stipulates such aims as the creation of common agricultural, transport, and commercial policies as well as of an internal market) the list of matters coming within Title VI are describes as “matters of common interest... for the purposes of achieving the objectives of the Union, in particular the free movement of persons”. This is a formulation which binds member states to no specific course of action in relation to such matters».

atti di terzo Pilastro poiché, essendo questi sottratti alla cooperazione politica pura tra gli Stati membri, non potevano considerarsi né come atti di diritto comunitario, né come atti di diritto internazionale pubblico *tout court*²⁶⁵.

Ma la predetta ambiguità riguardava anche il *contenuto* e cioè la *logica che doveva supportare l'attività di terzo Pilastro*. A tal riguardo giova evidenziare che con l'istituzione dell'UE la cooperazione nel campo della giustizia penale, oltre a cambiare "collocazione" rispetto alla «cooperazione politica europea», ha cambiato anche "contenuto": sin dal 1992, essa non è più «fine a se stessa, come aspetto autonomo delle relazioni di solidarietà fra Stati membri» quanto piuttosto «collegata ad una finalità comunitaria in senso proprio»²⁶⁶. Già questo collegamento inter-pilastrico dimostra, quindi, che la cooperazione di seconda generazione non era più strutturata secondo un metodo interstatale puro, ma portava con sé finalità comunitarie; contrariamente alla cooperazione di prima generazione, quindi, in questa successiva fase il diritto penale e l'ordinamento comunitario non erano più posti in posizione di reciproca estraneità, convivendo piuttosto sotto un tetto comune (*rectius*: l'UE).

Svolte queste premesse, s'impone precisare che il terzo Pilastro del Trattato di Maastricht non prevedeva una base giuridica espressa per adottare normative in materia di diritto penale, ma si limitava a fare espresso riferimento ad un elenco di nove materie, definite questioni «di interesse comune»²⁶⁷, tra cui figurava la cooperazione giudiziaria in materia penale. Ciononostante l'UE utilizzò il terzo Pilastro per concordare normative in materia penale.

²⁶⁵ Al riguardo, infatti, G. GRASSO, *Introduzione: diritto penale e integrazione europea*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 83, parla di «ambiguità normativa».

²⁶⁶ R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 99.

²⁶⁷ L'art. K.1. TUE prevedeva come materie di interesse comune: la politica di asilo, l'attraversamento delle frontiere esterne, la politica d'immigrazione, la lotta alla tossicodipendenza, la lotta contro la frode internazionale, la cooperazione giudiziaria in materia civile, la cooperazione giudiziaria in materia penale, la cooperazione doganale e la cooperazione di polizia. Cfr. sul punto J.A.E. VERVAELE, *The europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration*, in P. DEMARET-I. GOVAERE (a cura di), *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe*, Bruxelles, p. 286; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2006, p. 382.

Nel periodo tra il 1993 e il 1999, gli Stati membri dell'UE hanno infatti iniziato a concordare normative a contenuto penale in diversi settori (ad esempio, la protezione degli interessi finanziari, la corruzione, il riciclaggio e la criminalità organizzata), nonostante l'obiettivo del ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri non fosse menzionato dall'art. K1 del Trattato di Maastricht previsto dal terzo Pilastro²⁶⁸; al riguardo la dottrina, pur ravvisando una sorta di "sconfinamento" delle competenze, lo ritenne comprensibile perché l'armonizzazione del diritto penale sostanziale facilitava la cooperazione giudiziaria in materia penale²⁶⁹.

Ed invero la produzione normativa di terzo Pilastro elaborata in questa fase generò un'imprevedibile armonizzazione indiretta del diritto penale nazionale tramite il ravvicinamento normativo delle legislazioni penali degli Stati membri; imprevedibile proprio perché, come già evidenziato, quest'obiettivo esorbitava il mandato del terzo Pilastro²⁷⁰.

In questa direzione e guardando a ritroso, il terzo Pilastro prevedeva diversi strumenti normativi²⁷¹ – la Convenzione, l'azione comune e la posizione comune – i cui effetti legali avevano tuttavia lasciato molto a desiderare, essendo pur sempre riconducibili alla logica del diritto internazionale²⁷². La cooperazione di seconda generazione infatti, se comparata con gli strumenti legali precedenti al Trattato di Maastricht, non presentava novità qualitative in punto di vincolatività degli atti giuridici²⁷³.

²⁶⁸ Sul punto v. L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio comune europeo*, in G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 406.

²⁶⁹ Così S. PEERS, *EU Justice and Home Affaire Law*, Oxford, 2006, p. 382, il quale afferma che «it was soon felt necessary to agree “combination acts which set out both agreed substantive law principles and rules on judicial cooperation, because the harmonisation of substantive law facilitated judicial cooperation as it simplified the application of the double criminality condition for judicial cooperation”».

²⁷⁰ Così J.A.E. VERVAELE, *The europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration*, in P. DEMARET-I. GOVAERE (a cura di), *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe*, Bruxelles, p. 286, il quale afferma che «Despite this, in the period between 1993 and 1998 a considerable number of JHA activities were carried out which appeared to go outside the mandate of Title VI».

²⁷¹ Tra il 1993 e il 1999 furono concordate 10 Convenzioni, 39 azioni comuni e nessuna posizione comune; dati mutuati da S. PEERS, *EU Justice and Home Affaire Law*, Oxford, 2006, p. 16.

²⁷² Sul punto v. S. PEERS, *EU Justice and Home Affaire Law*, Oxford, 2006, p. 16; L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio comune europeo*, in G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 407.

²⁷³ Sul punto cfr. J.A. FORTESCUE, *First experiences with the implementation of the third pillar provisions*, in R. BIEBER-J. MONAR (a cura di), *Justice and Home Affaire in the*

Come opportunamente evidenziato «si trattò spesso di una armonizzazione a diritto invariato»²⁷⁴ visto che, in sostanza, era pur sempre riconducibile ad un tipo di cooperazione di diritto internazionale, basata su obbligazioni di mezzi e non di risultati.

Alla luce di tali considerazioni, nei confronti delle forme di cooperazione in materia penale nell'«era Maastricht» non sembra possibile esprimere un giudizio univoco: per un verso gli intenti, e cioè il fine di sottrarre il diritto penale alla mera cooperazione politica tra gli Stati membri e di razionalizzare le precedenti forme di cooperazione intergovernativa erano ambiziosi, ma per altro verso le loro modalità di realizzazione si sono rivelate inadeguate, vista l'*assenza di obiettivi dell'UE e della cooperazione di terzo Pilastro*, la marginalità (ove non l'assenza) del *ruolo delle istituzioni comunitarie* e, soprattutto, la *ineffettività degli atti di terzo Pilastro*²⁷⁵.

Infine, non può sottacersi come la dottrina abbia taciuto il terzo pilastro dell'UE, così come delineato a Maastricht, di operare secondo procedure non adeguatamente trasparenti²⁷⁶ e, più in generale, di lavorare «in segreto»²⁷⁷. Ciononostante, occorre riconoscere al terzo Pilastro dell'era Maastricht il merito di avere gettato le basi per la cooperazione di terza generazione e di cui al Trattato di Amsterdam.

5.3. Il Trattato di Amsterdam: lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia.

Il Trattato di Amsterdam ha costituito il penultimo grado di cooperazione di diritto penale tra gli Stati membri dell'UE. Esso ha

European Union. The Development of the Third Pillar, Bruxelles, 1995, p. 29.

²⁷⁴ L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio comune europeo*, in G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 406.

²⁷⁵ Cfr. S. PEERS, *EU Justice and Home Affaire Law*, Oxford, 2006, p. 20 e p. 382.

²⁷⁶ In questa direzione v. S. PEERS, *EU Justice and Home Affaire Law*, Oxford, 2006, p. 19, additava come poco trasparente la pubblicazione delle decisioni, la fase delle negoziazioni e la fase dell'implementazione nazionale.

²⁷⁷ Così G. BARRETT, *Cooperation in Justice and Home Affaire in the European Union – An Overview and a Critique*, in G. BARRETT (a cura di), *Justice Cooperation in the European Union*, Bruxelles, 1997, p. 32 secondo cui «decision with far-reaching consequences for individual rights and freedoms are made in secret by committees of minister who are under no obligation at present to do more than announce their conclusions».

apportato diverse modifiche al testo del precedente Trattato di Maastricht, così rinvigorendo – quanto al diritto penale – le competenze e gli strumenti dell’UE. In particolare, sono stati migliorati quegli aspetti che, come prima esposto, avevano lasciato a desiderare nell’era Maastricht: gli obiettivi della cooperazione, i ruoli delle istituzioni comunitarie e gli effetti dei “nuovi” atti di terzo Pilastro.

5.3.1. *Gli obiettivi.*

Procedendo con l’ordine di esposizione adesso individuato, il Trattato di Amsterdam ha innanzitutto provveduto ad individuare degli obiettivi precisi; ciò che, in una prospettiva generale risulta fondamentale perché è tale da lumeggiare l’azione dell’UE da un punto di vista di più ampio respiro.

Ed invero, com’è possibile leggere nel Titolo I, «Disposizioni comuni», articolo 1, il Trattato di Amsterdam *«segna una nuova tappa nel processo di creazione di un’unione sempre più stretta tra i popoli dell’Europa, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini»*. All’art. 2 è previsto che *«L’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani [...]»*. All’art. 2, inoltre, è statuito che *«l’Unione si prefigge i seguenti obiettivi: [...] conservare e sviluppare l’Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia²⁷⁸ in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l’asilo, l’immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest’ultima»*.

Orbene, tali previsioni – proprio perché collocate tra le disposizioni comuni a tutti e tre i Pilastri – sono indice di un diverso approccio dell’azione dell’UE anche nel settore del terzo Pilastro, in quanto portano a «convergere la dimensione comunitaria di uno spazio di libera circolazione

²⁷⁸ Sul significato e sul valore dei singoli termini «libertà, sicurezza e giustizia» v. M. FLETCHER-R. LOOF-B. GILMORE, *Eu criminal law and justice*, Cheltenham, 2008, p. 21 e ss.

delle persone con il contestuale riferimento ad uno spazio di sicurezza e giustizia da attuare attraverso l'adozione di misure di prevenzione e di contrasto alla criminalità»²⁷⁹. Detto in altri termini, con il Trattato di Amsterdam il terzo Pilastro abbandona la logica di Maastricht, secondo cui la cooperazione di terzo Pilastro doveva essere volta alla compensazione del "deficit" di sicurezza derivante dall'instaurazione del mercato unico, e tende all'obiettivo di creare uno «spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia», quale preconditione per il godimento delle libertà fondamentali riconosciute dal Trattato; in questo senso, quindi, il diritto penale si trasforma in "virtù".

In questa stessa ottica, non è superfluo notare che, se già con il Trattato di Maastricht la connotazione economica non era più il cuore dell'integrazione europea, con il Trattato di Amsterdam e con l'istituzione di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» il referente teorico e la cifra dell'integrazione europea sono di ben altro segno: dopo la creazione delle cittadinanza europea, frutto del Trattato di Maastricht, con il Trattato di Amsterdam si è provveduto ad identificare un territorio, quello degli Stati membri, come uno «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

Il Trattato, inoltre, ha fornito degli obiettivi specifici anche in sede di terzo Pilastro. In particolare, per quanto concerne il diritto penale sostanziale, la disposizione chiave è l'art. 29 TUE secondo cui «fatte salve le competenze della Comunità europea, *l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia. Tale obiettivo è perseguito prevenendo e reprimendo la criminalità organizzata o di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani e i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode*»; tale obiettivo è perseguito inoltre mediante «il ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale, a norma dell'art. 31 lettera e)», secondo cui «l'azione comune nel settore della cooperazione in

²⁷⁹ Così R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 110.

materia penale comprende [...] la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli *elementi costitutivi dei reati e delle sanzioni*, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti».

Dunque in base al combinato disposto degli artt. 29 e 31 lett. e) del TUE, può affermarsi che l'UE si fosse prefissata l'obiettivo di non avere una competenza di terzo Pilastro illimitata in materia penale; ciò nonostante, alla luce della normativa di terzo pilastro prodotta nell'era Amsterdam, i settori menzionati negli artt. 29 e 31 lett. e) TUE non hanno avuto carattere esaustivo²⁸⁰.

5.3.2. Il ruolo delle istituzioni.

Dato conto delle innovazioni apportate nel 1999 riguardo all'individuazione degli obiettivi (generici dell'UE e specifici del diritto penale), occorre fare presente che il Trattato di Amsterdam ha provveduto ad attribuire maggior ruolo alle istituzioni comunitarie in sede di terzo Pilastro. Soprattutto, è il ruolo del Consiglio europeo ad essere cresciuto esponenzialmente rispetto al passato: dal 1999 esso non solo si riunisce periodicamente per individuare gli obiettivi della "politica criminale europea"²⁸¹ per il quinquennio successivo, ma è inoltre competente ad

²⁸⁰ S. PEERS, *EU Justice and Home Affaire Law*, Oxford, 2006, p. 16, il quale afferma che «it can be seen that the EU has not the aim of harmonizing all national substantial criminal law but, rather, concerns itself with certain listed crimes, although the lists in Article 29 and 31 (e) are both expressly non-exhaustive ("in particular" and "shall include")».

²⁸¹ L'espressione "politica criminale europea" sembra l'unica che possa inquadrare l'attività del Consiglio Europeo tesa ad individuare gli obiettivi dell'UE in questo settore. Sul punto v. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 178, il quale afferma che «Esiste da molti anni una "politica criminale europea", anche se non esiste un diritto penale comunitario in senso formale». A questo riguardo non appare superfluo fare presente che le traiettorie della politica criminale europea sono periodicamente indicate dal Consiglio europeo, organo distinto dal Consiglio. L'art. 4 TUE, infatti, prevede che «Il Consiglio europeo dà all'Unione l'impulso necessario al suo sviluppo e ne definisce gli orientamenti politici generali. Il Consiglio europeo riunisce i capi di Stato o di governo degli Stati membri nonché il presidente della Commissione. Essi sono assistiti dai ministri incaricati degli Affari esteri degli Stati membri e da un membro della Commissione. Il Consiglio europeo si riunisce almeno due volte l'anno sotto la presidenza del capo di Stato o di governo dello Stato membro che esercita la presidenza del Consiglio. Il Consiglio europeo presenta al Parlamento europeo una relazione dopo ciascuna delle sue riunioni, nonché una relazione scritta annuale sui progressi compiuti dall'Unione». Il Consiglio europeo si è riunito periodicamente per individuare le linee della politica criminale europea; in questo senso cfr.

adottare all'unanimità gli atti di terzo Pilastro. A tal riguardo, si deve peraltro osservare che le relative misure di applicazione sono votate in seno al Consiglio con modalità di voto innovative rispetto a quelle previste a Maastricht: a maggioranza qualificata, le misure di attuazione delle decisioni a livello europeo, a maggioranza di due terzi delle parti contraenti le Convenzioni²⁸².

Oltre a ciò, è stata ampliata sia la competenza della Commissione, che quella del Parlamento europeo²⁸³: la prima ha infatti ottenuto, su tutte le questioni di terzo Pilastro, un generale potere di iniziativa normativa condiviso con gli Stati; al secondo è stata invece attribuita la possibilità di potere presentare proposte, non vincolanti, su tutte le proposte normative (Convenzioni, decisioni quadro e decisioni) in materia di cooperazione penale²⁸⁴. Infine, ma certamente non per importanza, è stato espressamente attribuito²⁸⁵ un ruolo alla CGCE, che è stata riconosciuta competente non solo ad esperire un controllo di legittimità delle decisioni quadro e delle decisioni nei casi di ricorso per annullamento, ma anche – qualora gli Stati abbiano accettato la giurisdizione della Corte, così come avvenuto per lo Stato italiano – «a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità o l'interpretazione delle decisioni-quadro e delle decisioni, sull'interpretazione di convenzioni stabilite ai sensi del presente titolo e sulla validità e sull'interpretazione delle misure di applicazione delle stesse»²⁸⁶.

le “Conclusioni di Tampere” del 1999, il “Programma di Hague” del 2004 e, infine, il “Programma di Stoccolma” del 2009 sull'URL http://europa.eu/european-council/index_it.htm. Sul ruolo dell'istituzione sopranazionale Consiglio europeo nell'individuazione della politica criminale europea v. S. PEERS, *EU Justice and Home Affaire Law*, Oxford, 2006, p. 22.

²⁸² V. art. 34.2. TUE, lett. c) e d). Per ulteriori approfondimenti sul ampliamento dei poteri delle istituzioni europee a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam v. S. PEERS, *EU Justice and Home Affaire Law*, Oxford, 2006, p. 21 e p. 29.

²⁸³ Cfr. sul punto Così R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 115 e p. 116.

²⁸⁴ Sul punto v. S. PEERS, *EU Justice and Home Affaire Law*, Oxford, 2006, p. 30.

²⁸⁵ In realtà, in vigore del Trattato di Maastricht, la CGCE poteva essere competente ad interpretare le Convenzioni ex art. K.3. n. 2 lett. c), ma non aveva ulteriori poteri di cognizione.

²⁸⁶ Così art. 35 TUE. Sull'importanza del ruolo della CGCE in ambito di terzo Pilastro, v. J.A.E. VERVAELE, *European criminal law and general principles of Union Law*, in J.A.E. VERVAELE (a cura di), *European evidence warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Antwerpen-Oxford, 2005, p. 131 e ss., cui si rimanda per importanti e ulteriori approfondimenti sul punto. In argomento v. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze*

5.3.3. *Gli atti normativi di terzo Pilastro.*

Anche gli atti normativi di terzo Pilastro sono stati riformati con il Trattato di Amsterdam: non solo come accennato illustrando gli obiettivi specifici dell'UE nel terzo Pilastro, si è provveduto ad inserire nel Trattato una precisa base giuridica per il ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri, ma è inoltre mutato parzialmente il novero degli atti di terzo Pilastro, prevedendo Convenzioni, decisioni quadro e decisioni. In pratica, però, sin dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, l'UE ha provveduto ad armonizzare il diritto penale tramite il nuovo strumento della decisione quadro piuttosto che ricorrere ad altri strumenti normativi di terzo Pilastro (Convenzioni o posizioni comuni). E proprio grazie *all'effetto catalizzatore* prodotto dall'innovativo strumento della decisione quadro²⁸⁷, la produzione normativa di terzo Pilastro caratterizzante questa fase della cooperazione in materia penale è apparsa *più intensa e più semplice* rispetto al passato. Ed invero, le decisioni-quadro – cui concernono diversi profili di diritto penale sostanziale tra cui figurano sia il precetto che la sanzione²⁸⁸, ancorché la singolarità di ciascuna non permetta di rintracciare un quadro sistematico comune – costituiscono certamente lo strumento più diretto e più vincolante con riferimento al diritto penale: l'UE può «adottare

dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune, Milano, 2005, p. 117.

²⁸⁷ L'osservazione è mutuata da M. FLETCHER-R. LOOF-B. GILMORE, *Eu criminal law and justice*, Cheltenham, 2008, p. 174. Per una panoramica delle decisioni quadro quale «strumento [...] con funzioni esclusive di armonizzazione» v. anche R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 118, o, in alternativa, S. PEERS, *EU Justice and Home Affaire Law*, Oxford, 2006, p. 402.

²⁸⁸ Le decisioni quadro, oltre a prevedere il precetto, possono rimettere l'individuazione di «un livello minimo di sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive» agli Stati membri – il riferimento è alla decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla *lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale* –. Non è esclusa la possibilità che la decisione quadro preveda direttamente un livello minimo di sanzioni penali prevedendo – come è avvenuto nella decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, del 22 dicembre 2003, relativa alla *lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile*, – che «ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i reati di cui agli articoli 2, 3 e 4 siano punibili con sanzioni penali privative della libertà di durata massima compresa tra almeno 1 e 3 anni. Fatto salvo il paragrafo 4, ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i seguenti reati siano punibili con sanzioni penali privative della libertà di durata massima compresa tra almeno 5 e 10 anni [...]»

decisioni quadro per il ravvicinamento delle disposizioni degli Stati membri. Le decisioni-quadro sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi. [...]»²⁸⁹. Ciò significa imporre agli Stati membri un'obbligazione di risultato, non vincolando espressamente gli organi nazionali in merito alla forma ed ai mezzi da impiegare a tal fine. Inoltre, non è privo di importanza segnalare che il termine entro cui gli Stati devono provvedere alla trasposizione nazionale, escluse le lunghe procedure di ratifica tipiche delle Convenzioni, è di soli due anni.

5.3.4. *Effetto diretto e decisioni quadro.*

In conformità con la ragione fondante il terzo pilastro ed al fine di evitare che la CGCE esercitasse una «funzione propulsiva»²⁹⁰ sulle decisioni politiche cristallizzate nei Trattati, nel Trattato di Amsterdam si statui che la decisione quadro non potesse produrre effetti diretti sugli individui²⁹¹. Le decisioni quadro apparivano quindi molto simili alla direttive in materie di primo Pilastro poiché in entrambi i casi gli Stati non erano obbligati ai mezzi o alla forma da seguire nell'adempimento dell'obbligazione assunta, ma dovevano raggiungere il risultato prefissato. Dando contezza della vincolatività della decisione quadro e, più in generale, del metodo internazionale sotteso al terzo Pilastro in funzione della logica interstatale, giova ricordare che la Commissione non poteva porre in essere azioni d'infrazione contro gli Stati per mancata, non corretta o tardiva trasposizione degli atti di terzo Pilastro. Inoltre, sempre perché si versava al di fuori del metodo e del pilastro comunitario, l'antinomia tra la norma

²⁸⁹ Art. 34 lett. b) TUE, il quale, in realtà, termina con la previsione secondo cui «esse non hanno efficacia diretta». Il punto è stato trattato autonomamente nel paragrafo successivo.

²⁹⁰ Sulla funzione propulsiva delle decisioni giuridiche della CGCE sulle decisioni politiche v. C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 8; in argomento v. anche G. MANNOZZI- F. CONCULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2006, p. 907, p. 911 e p. 917, i quali, inoltre, sottolineano il prestigio della CGCE perchè produce una giurisprudenza «peculiarissima».

²⁹¹ L'art. 34-2 lett. b) prevedeva che «Le decisioni-quadro sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Esse non hanno efficacia diretta».

interna e la norma UE non era risolvibile secondo il criterio individuato nel caso *Granital* dalla Corte costituzionale; le disposizioni di terzo Pilastro, infatti, perché di matrice intergovernativa, non sottostavano alle logiche di *enforcement* sopranazionale.

Ciò posto, occorre evidenziare che di recente il problema della vincolatività delle decisioni quadro previste nel terzo Pilastro è stato oggetto di attenzione da parte della CGCE, alla quale è stata posta la questione se una decisione quadro non trasposta nel diritto nazionale italiano potesse godere di un *effetto indiretto equivalente* (interpretazione conforme) a quello di una direttiva. A tale quesito la CGCE ha risposto positivamente²⁹² affermando «che il principio di interpretazione conforme si impone riguardo alle decisioni quadro adottate nell'ambito del titolo VI del Trattato sull'Unione europea. Applicando il diritto nazionale, il giudice del rinvio chiamato ad interpretare quest'ultimo è tenuto a farlo per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro al fine di conseguire il risultato perseguito da questa e di conformarsi così all'art. 34, n. 2, lett. b), UE»²⁹³. E tuttavia pur conferendo effetti diretti alla decisione quadro e riconoscendo l'applicabilità del principio di interpretazione conforme, la CGCE si è premurata di individuare due limiti: «l'obbligo per il giudice nazionale di far riferimento al contenuto di una decisione quadro quando interpreta le norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività»²⁹⁴. La stessa Corte afferma che «Questi principi ostano in particolare a che il detto obbligo possa condurre a determinare o ad aggravare, sul fondamento di una decisione quadro e

²⁹² CGCE, 16 giugno 2005, C-105/03, afferma, al punto 41, che «L'art. 1, secondo e terzo comma, del Trattato sull'Unione europea dispone che tale Trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa e che il compito dell'Unione, che è fondata sulle Comunità europee, integrate dalle politiche e forme di cooperazione instaurate dal detto Trattato, consiste nell'organizzare in modo coerente e solidale le relazioni tra gli Stati membri e tra i loro popoli»; al punto 42, invece, statuisce che «Sarebbe difficile per l'Unione adempiere efficacemente alla sua missione se il principio di leale cooperazione, che implica in particolare che gli Stati membri adottino tutte le misure generali o particolari in grado di garantire l'esecuzione dei loro obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea, non si imponesse anche nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, che è del resto interamente fondata sulla cooperazione tra gli Stati membri e le istituzioni, come ha giustamente rilevato l'avvocato generale al paragrafo 26 delle sue conclusioni».

²⁹³ Punto 43.

²⁹⁴ Punto 44.

indipendentemente da una legge adottata per l'attuazione di quest'ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni (v., per quanto riguarda le direttive comunitarie, in particolare, sentenze X, citata, punto 24, e 3 maggio 2005, cause riunite C 387/02, C 391/02 e C 403/02, Berlusconi e a., non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 74)»²⁹⁵.

Infine, la CGCE ha affermato che l'obbligo di interpretazione conforme della decisione quadro, contrariamente alla direttive, decorre dall'adozione dell'atto e non, quindi, dalla scadenza del termine prescritto per la trasposizione nazionale²⁹⁶.

5.4. Conclusioni.

Il quadro fin qui tratteggiato dimostra come l'evoluzione dei rapporti tra Stati membri e cooperazione in materia penale si sia rapidamente evoluto passando da un rapporto di estraneità all'istituzione di uno Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia; il diritto penale quindi, soprattutto in considerazione dell'ultima sentenza richiamata (c.d. sentenza Pupino), sembra avere acquisito il prestigio del diritto comunitario e del suo sistema giuridico. Molteplici sono infatti gli indici sintomatici di un progressivo distacco dal metodo intergovernativo puro, secondo cui il diritto penale sarebbe estraneo all'agire degli Stati membri o, al più, avrebbe mera rilevanza internazionalistica. Innanzitutto, gli obiettivi della cooperazione, con la creazione di uno Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, sono diventati di maggiore respiro rispetto a quelli del mercato unico e delle fondamentali libertà di circolazione di persone, merci, servizi e capitali, e

²⁹⁵ Punto 45. La CGCE, inoltre, afferma che «L'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una decisione quadro nell'interpretazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale cessa quando quest'ultimo non può ricevere un'applicazione tale da sfociare in un risultato compatibile con quello perseguito da tale decisione quadro. In altri termini, il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. Tale principio richiede tuttavia che il giudice nazionale prenda in considerazione, se del caso, il diritto nazionale nel suo complesso per valutare in che misura quest'ultimo può ricevere un'applicazione tale da non sfociare in un risultato contrario a quello perseguito dalla decisione quadro».

²⁹⁶ Punto 49.

sono i medesimi sia per il primo che per il terzo Pilastro; inoltre, sul versante del ruolo delle istituzioni comunitarie, sono aumentate le competenze del Parlamento europeo e della CGCE in materia penale (*rectius*: nel terzo Pilastro), e per tale via, un ulteriore contributo all'abbandono del metodo intergovernativo è costituito dalla sentenza della CGCE sul caso *Pupino*, con cui si è riconosciuto l'obbligo di interpretazione conforme per le decisioni quadro – sempre nel rispetto del principio di legalità nazionale teso ad evitare effetti espansivi sulla responsabilità penale dei singoli – e, presumibilmente, quindi, per gli altri atti di terzo Pilastro.

CAPITOLO SESTO

LA COMPETENZA PENALE COMUNITARIA

6.0. Premessa. – 6.1. I conflitti legislativi tra Consiglio e Commissione. – 6.1.1. *Prima tipologia di conflitto legislativo.* – 6.1.2. *Seconda tipologia di conflitto legislativo.* – 6.1.3. *Terza tipologia di conflitto legislativo.* – 6.2. La differente qualità ed efficacia degli atti di primo e di terzo Pilastro. – 6.3. Il ruolo della CGCE e la competenza normativa penale di primo Pilastro. – 6.3.1. *Il caso C- 176/03 CGCE.* – 6.3.2. *Il caso C- 440/05 CGCE.* – 6.3.3. *Conclusioni sulle sentenze del 2005 e del 2007 della CGCE.*

6.0. Premessa.

Si è visto come con l'istituzione dell'UE gli Stati membri abbiano ricondotto il diritto penale tra le competenze dell'UE, ancorché di terzo Pilastro, al duplice fine di sottrarre la cooperazione in materia penale alla mera discrezionalità tra gli Stati e nel contempo evitare che essa soggiacesse alle logiche e alle dinamiche del metodo sopranazionale e del diritto comunitario.

Gli atti comunitari di primo Pilastro infatti potevano prevedere l'imposizione – da parte degli Stati membri – di sanzioni adeguate in base all'obbligo comunitario di predisporre un regime nazionale di attuazione conforme (senza potere indicare, quindi, né il ricorso espresso allo strumento penale né il tipo né l'entità della sanzione). Gli atti di terzo Pilastro invece, che, in quanto sottostanti al metodo intergovernativo, erano gli unici atti riconducibili all'ente UE che potessero regolare direttamente la materia penale e, pertanto, richiedere espressamente l'imposizione di sanzioni penali, indicando «norme minime relative agli elementi costitutivi

dei reati e alle sanzioni»²⁹⁷. In breve, obblighi di penalizzazione all'interno dell'UE potevano promanare solo dalla produzione normativa di terzo Pilastro e, in quanto tali, non erano giustiziabili tramite la procedura di infrazione in caso di inadempimento.

Questa ripartizione tra competenze di primo e di terzo Pilastro aveva reso il diritto penale, nel primo Pilastro, una delle possibili forme di tutela con cui lo Stato membro poteva soddisfare l'obbligo comunitario di attuazione nazionale adeguata del diritto CE, nel terzo Pilastro, invece, il ricorso al diritto penale era l'unica soluzione a disposizione degli Stati membri.

Orbene, su questo quadro del riparto di competenza tra UE e Stati membri e, quindi, dei rapporti tra diritto promanato dall'ente sopranazionale (CE/UE) e diritto penale nazionale fino adesso esposto e derivante dall'architettura a Pilastri, ha fortemente inciso tra il 2005 e il 2007 la CGCE che, sulla falsariga della sentenza nel caso *RFT contro Commissione* del 1992 con cui aveva legittimato il ricorso a ulteriori sanzioni punitive rispetto a quelle previste dal Trattato in materia di concorrenza, ha statuito a favore di una implicita competenza penale mediata di diritto comunitario in base alla quale le direttive potevano avere anche contenuto penale. Queste due sentenze della CGCE hanno quindi regolato nuovamente i rapporti del riparto di competenze nell'esercizio dell'attività sanzionatoria attinente alle violazioni del diritto comunitario; inoltre, ad onor del vero, l'emersione di una competenza penale comunitaria (di I Pilastro), non è sorta "dal nulla", perché essa, oltre ad essere stata sostenuta per decenni sia dal Parlamento europeo che dalla Commissione²⁹⁸, è dimostrata dalla diversità di vedute di cui ai c.d. "conflitti legislativi"²⁹⁹ tra l'istituzione sopranazionale per

²⁹⁷ Art. 31 lett. e) TUE.

²⁹⁸ In realtà, la Commissione ha sempre insistito affinché fossero adottati atti di primo Pilastro a contenuto penale ai fini di salvaguardare l'effettività del diritto comunitario all'interno degli Stati membri. In questa direzione, non può non essere menzionata l'iniziativa della Commissione che, nell'intento di tutelare le finanze comunitarie, nominò un gruppo di studio il quale propose a tal fine un codice penale modello contenente istituti di parte sostanziale (generale e speciale) e processuale; il riferimento è al "*Corpus Juris*". Sul *Corpus Juris v. M. DELMAS MARTY-J.A.E. VERVAELE* (a cura di), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, vol. I, II e III, Antwerp-Groningen-Oxford, 2000.

²⁹⁹ Sui "conflitti legislativi" v. J.A.E. VERVAELE, *The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: Ignoti nulla cupido?*, in M.C. BASSIOUNI-V. MILITELLO-H. SATZGER (a cura di), *European cooperation*

eccellenza (la Commissione) e l'istituzione rappresentante la volontà degli Stati aderenti (il Consiglio).

6.1. I conflitti legislativi tra Consiglio e Commissione.

La Comunità riconobbe presto la mancanza nei Trattati di disposizioni inerenti alla tutela del diritto comunitario; già nel 1976 si provò ad integrarne il testo dei Trattati con due protocolli tesi alla tutela delle finanze comunitarie³⁰⁰, ma entrambi non ottennero l'approvazione da parte del Consiglio che, quale organo rappresentante gli Stati, non era assolutamente favorevole a “comunitarizzare” il diritto penale. Come osservato da attenta dottrina³⁰¹, questa situazione obbligò la Comunità ad esplorare i limiti giuridici del diritto comunitario; dal 1975 al 1990, infatti, la Commissione iniziò a proporre al Consiglio atti di diritto comunitario derivato che esigevano dagli Stati l'imposizione di sanzioni a carattere punitivo, sia amministrative che penali. Come già esposto, il Consiglio approvò diversi atti a contenuto punitivo di diritto amministrativo, mentre la CGCE ne consacrò la legittimità, come sopra evidenziato commentando la sentenza *RFA c. Commissione* del 1992. Sin dal 1975, quindi, è possibile rinvenire tentativi di imporre agli Stati l'utilizzo della sanzione penale.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht – e in particolare con l'istituzione dei tre Pilastri, di cui il terzo dedicato appositamente alla cooperazione nel settore penale – il tentativo di introdurre il diritto penale tra le competenze della Comunità tramite l'emanazione di atti comunitari a contenuto penale ha continuato ad andare avanti: dal 1993 al 2005 il

in penal matters: issues and perspectives, p. 41 e ss.; v. anche L. PICOTTI, *Superamento della tecnica del “doppio testo” e tutela penale 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*, Milano, 2008, p. 343.

³⁰⁰ In particolare, l'uno in materia di frodi comunitarie, l'altro, invece, inerente alla corruzione dei pubblici ufficiali europei; per approfondimenti sul punto v. J.A.E. VERVAELE, *Fraud against the Community. The need for European Fraud Legislation*, Deventer-Boston, 1992, p. 86.

³⁰¹ Il riferimento è a J.A.E. VERVAELE, *The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: Ignoti nulla cupido?*, in M.C. BASSIUNI-V. MILITELLO-H. SATZGER (a cura di), *European Cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008, p. 33.

Parlamento e la Commissione europea hanno continuato a proporre atti di diritto comunitario derivato (primo Pilastro) a contenuto penale. E' in questo modo, quindi, che da un lato l'insistenza della Commissione europea ad introdurre il diritto penale tra le competenze di diritto comunitario e, dall'altro lato, la contrarietà del Consiglio – favorevole, invece, a circoscrivere la regolamentazione del diritto penale al terzo Pilastro – hanno prodotto dei veri “conflitti legislativi” tra le istituzioni europee.

6.1.1. Prima tipologia di conflitto legislativo.

Questa forma di conflitto legislativo tra la Commissione e il Parlamento europeo da un lato e il Consiglio dall'altro, è stata definita del “*tenere a distanza*”³⁰²: la Commissione infatti presentava una proposta di direttiva o di regolamento a contenuto penale che il Consiglio o rigettava ovvero depurava dai riferimenti di carattere penale.

6.1.2. Seconda tipologia di conflitto legislativo.

Un'altra forma di conflitto legislativo è stata definita del “*dirottamento*”, in modo da indicare che la Commissione proponeva un atto comunitario a contenuto penale, che tuttavia, durante l'*iter* legislativo europeo, veniva privato di tale contenuto ad opera del Consiglio, il quale provvedeva a “dirottarlo” all'interno di una decisione quadro³⁰³.

³⁰² J.A.E. VERVAELE, *The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: Ignoti nulla cupido?*, in M.C. BASSIOUNI-V. MILITELLO-H. SATZGER (a cura di), *European Cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008, p. 41, che richiama a titolo esemplificativo di detta forma di conflitto legislativo la proposta di direttiva nel settore alimentare in cui figuravano varie disposizioni finalizzate a penalizzare diverse condotte sia a titolo di dolo che a titolo di colpa grave.

³⁰³ Questa forma di conflitto si è manifestata nel caso di proposta di direttiva a contenuto penale per la protezione dell'ambiente in cui, durante l'*iter* legislativo europeo, il Consiglio ha provveduto a dirottare tale contenuto dalla direttiva all'interno di una decisione quadro. Cfr. J.A.E. VERVAELE, *The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: Ignoti nulla cupido?*, in M.C. BASSIOUNI-V. MILITELLO-H. SATZGER (a cura di), *European Cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008, p. 42.

6.1.3. Terza tipologia di conflitto legislativo.

Infine, l'ultima forma di conflitto legislativo è stata quella della "coabitazione forzata"³⁰⁴, caratterizzata dal fatto che si procedeva parallelamente tramite atti di primo e di terzo Pilastro: nell'atto comunitario si definivano le condotte – da penalizzare –, mentre invece nella decisione quadro si provvedeva a disciplinare gli aspetti penalistici. Proprio per questa tecnica legislativa è stata definita anche come tecnica del «doppio testo»³⁰⁵.

6.2. La differente qualità ed efficacia degli atti di primo e di terzo Pilastro.

Le tre forme di conflitto legislativo su esposte, se da un lato dimostrano la totale assenza di una politica criminale europea coerente³⁰⁶ per quanto concerne il procedimento legislativo da seguire al fine di esigere dagli Stati membri l'imposizione di sanzioni penali, dall'altro lato palesano chiaramente la volontà degli Stati (espressa dal Consiglio) di disciplinare il diritto penale esclusivamente tramite atti di terzo Pilastro (e cioè secondo il metodo intergovernativo) piuttosto che con atti di primo pilastro (secondo il metodo comunitario).

Svolte queste considerazioni non si può omettere di fare presente che la scelta della base giuridica e, quindi, del fondamento normativo in ragione del quale vincolare gli Stati membri alla predisposizione di sanzioni penali,

³⁰⁴ Cfr. J.A.E. VERVAELE, *The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: Ignoti nulla cupido?*, in M.C. BASSIUNI-V. MILITELLO-H. SATZGER (a cura di), *European Cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008, p. 42 il quale esemplifica tale forma di conflitto tramite il caso dell'immigrazione illegale (direttiva 2002/90 e decisione quadro 2002/946).

³⁰⁵ Al riguardo v. L. PICOTTI, *Superamento della tecnica del "doppio testo" e tutela penale 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*, Milano, 2008, p. 343 e ss.; M. FLETCHER-R. LOOF-B. GILMORE, *Eu criminal law and justice*, Cheltenham, 2008, p. 176.

³⁰⁶ L'osservazione è di J.A.E. VERVAELE, *The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: Ignoti nulla cupido?*, in M.C. BASSIUNI-V. MILITELLO-H. SATZGER (a cura di), *European Cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008, p. 44, il quale si riferisce alla diversità di vedute tra Commissione – quale espressione della volontà dell'ente sopranazionale – e Consiglio – quale espressione della volontà degli Stati membri – in materia penale.

non è una questione di natura teorica. Al riguardo, infatti, è stato notato che i tentativi di emanare atti comunitari a contenuto penale, oltre a rappresentare *una grave intrusione nella sfera gelosamente custodita della sovranità nazionale*³⁰⁷, è una questione che concerne sia la *legittimità* che l'*efficacia* degli atti³⁰⁸.

Quanto ai profili di legittimità deve osservarsi che in ambito di terzo Pilastro il Parlamento europeo ha avuto un ruolo marginale; il Consiglio, infatti, votando all'unanimità su proposta della Commissione o di uno Stato membro, è stato legittimato ad ignorare la volontà del Parlamento europeo³⁰⁹. In sede di primo Pilastro, invece, il Parlamento europeo è co-legislatore, il Consiglio decide a maggioranza qualificata e la Commissione è la sola ad avere diritto di iniziativa³¹⁰.

Quanto invece ai profili di efficacia degli atti nei confronti degli Stati membri a seconda della base giuridica su cui sono emanati, si è già evidenziato che in ambito di terzo Pilastro non esiste una procedura equivalente alla procedura di infrazione prevista in sede di primo Pilastro³¹¹. Al riguardo è stato notato che «mentre il varo delle direttive è sottratto al

³⁰⁷ Così M. FLETCHER-R. LOOF-B. GILMORE, *Eu criminal law and justice*, Cheltenham, 2008, p. 176.

³⁰⁸ Così J.A.E. VERVAELE, *The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: Ignoti nulla cupido?*, in M.C. BASSIOUNI-V. MILITELLO-H. SATZGER (a cura di), *European Cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008, p. 45.

³⁰⁹ L'art. 39 del TUE prevedeva che il «Consiglio consulta il Parlamento europeo prima di adottare qualsiasi misura di cui all'articolo 34, paragrafo 2, lettere b) [riguardante le decisioni quadro], c) e d). Il Parlamento europeo esprime il suo parere entro un termine che il Consiglio può fissare; tale termine non può essere inferiore a tre mesi. In mancanza di parere entro detto termine, il Consiglio può deliberare. La presidenza e la Commissione informano regolarmente il Parlamento europeo dei lavori svolti nei settori che rientrano nel presente titolo. Il Parlamento europeo può rivolgere interrogazioni o formulare raccomandazioni al Consiglio. Esso procede ogni anno a un dibattito sui progressi compiuti nei settori di cui al presente titolo». Cfr. sul punto M. FLETCHER-R. LOOF-B. GILMORE, *Eu criminal law and justice*, Cheltenham, 2008, p. 177.

³¹⁰ Sui diversi ruoli delle istituzioni tra competenze di primo e di terzo pilastro, prima e dopo il Trattato di Amsterdam v. S. PEERS, *EU Justice and Home Affaire Law*, Oxford, 2006, p. 12 e p. 21; v. anche S. WHITE, *Harmonization of criminal law under the first pillar*, in *European Law Review*, 2006, p. 82.

³¹¹ Sul punto v. A. BERNARDI, *La competenza penale secondo la House of Lords. Obiettività e rigore scientifico nel rapporto della «Camera Alta» del Parlamento britannico*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2007, p. 198, secondo cui «con riferimento poi al controllo giurisdizionale, in relazione alle direttive assai estesi ed efficaci sono i controlli della Corte di giustizia, che prevedono una procedura per infrazione in caso di mancata, ritardata o incorretta attuazione di tali atti, nonché la possibilità di irrogare, sia pure solo «in seconda battuta», sanzioni [...] a carico dello Stato inadempiente. Per contro, in relazione alle decisioni quadro mancano strumenti giuridici efficaci per vincolare gli Stati al rispetto degli atti in questione...».

benepiacito dei singoli Paesi UE e questi ultimi sono effettivamente tenuti a trasporre il contenuto nel diritto interno, tanto il varo delle decisioni quadro quanto l'adeguamento a queste del diritto nazionale risultano largamente condizionati dalla volontà degli Stati membri»³¹².

Deve quindi essere chiaro che ravvisare la base giuridica di un atto nel primo o nel terzo Pilastro si ripercuote sia sul ruolo del Parlamento europeo che sulla vincolatività dell'atto stesso, intesa come cogenza e giustiziabilità degli obblighi.

6.3. Il ruolo della CGCE e la competenza normativa penale di primo Pilastro.

Alla luce di quanto fin qui esposto, appare incontrovertibile la chiara volontà degli Stati membri di disciplinare il diritto penale tramite atti normativi di terzo Pilastro. Come si è visto, infatti, la Commissione, nonostante abbia proposto più volte l'emanazione di atti comunitari a contenuto penale, oltre a non essere mai riuscita nel suo intento, ha sempre incontrato la ferma contrapposizione del Consiglio propenso invece a disciplinare il diritto penale solo tramite strumenti di terzo Pilastro. E tuttavia, come già accennato e similmente a quanto avvenne con riferimento all'esistenza di un potere normativo sanzionatorio di diritto amministrativo punitivo in capo alla Comunità (il riferimento è alla sentenza della CGCE emessa nel caso *RFA c. Commissione* precedente all'emanazione del regolamento n. 2988 del 1995) la CGCE proprio a ridosso della bocciatura del Trattato Costituzionale europeo, ha cambiato le carte in tavola con due sentenze del 2005³¹³ e del 2007³¹⁴: essa ha espressamente statuito a favore della possibilità di emanare atti di primo Pilastro a contenuto penale sebbene in modo circoscritto.

Orbene, queste due sentenze si pongono in un'ideale linea di

³¹² Così A. BERNARDI, *La competenza penale secondo la House of Lords. Obiettività e rigore scientifico nel rapporto della «Camera Alta» del Parlamento britannico*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2007, p. 199.

³¹³ CGCE, 13 settembre 2005, C-176/03, di seguito meglio esaminata.

³¹⁴ CGCE, 23 ottobre 2007, C-440/05, di seguito meglio esaminata.

progressione con le precedenti *Amsterdam Bulb* e *Mais greco*³¹⁵ (con cui la Corte di giustizia ha riconosciuto la legittimità degli *obblighi di tutela adeguata* per gli Stati e cioè di predisporre un regime di attuazione del diritto comunitario tramite la predisposizione di tutele conformi ai parametri comunitari), e con la sentenza *RFA c. Commissione* (con cui è stata riconosciuta legittimità la previsione di sanzioni amministrative punitive ulteriori rispetto a quelle previste dai Trattati e da applicare da parte degli Stati membri): esse si inquadrano infatti nel più ampio fenomeno dell'integrazione positiva, in quanto volte ad ampliare le forme di tutela del diritto comunitario.

In realtà, già prima del 2005 la CGCE aveva emanato un'ordinanza ed una sentenza che lasciavano presagire come i tempi fossero ormai maturi per riconoscere la legittimità di obblighi comunitari – non solo di tutela adeguata ma – di penalizzazione³¹⁶. Nell'ordinanza *Zwartveld*³¹⁷, infatti, la CGCE statui che, proprio in ossequio all'applicazione dei parametri del regime di attuazione nazionale individuati nel caso sul *Mais greco*, gli Stati sono obbligati ad adottare tutte le misure «se necessario anche penali» atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario³¹⁸. Ma fu con la sentenza *Unilever*³¹⁹ che la CGCE fece per la prima volta esplicito riferimento ad un obbligo di penalizzazione: pur riconoscendo in generale un mero obbligo di predisporre un regime di attuazione nazionale adeguato ai parametri comunitari, essa affermò che nel caso specifico – riguardante la tutela dei consumatori, della salute pubblica e della lealtà delle transazioni commerciali – le disposizioni attuate dagli Stati membri

³¹⁵ Sul punto v. A. BERNARDI, *La competenza penale europea secondo la House of Lords. Obiettività e rigore scientifico nel rapporto della «Camera Alta» del Parlamento britannico*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2007, p. 19, secondo cui la sentenza del 13 settembre 2005 «...il ricorso a direttive di armonizzazione penale, se da un lato costituisce il coerente esito di una giurisprudenza europea da tempo orientata, come si è visto, a legittimare gli obblighi di incriminazione nell'ambito non solo del terzo pilastro, ma anche del primo pilastro, dall'altro lato ha colto di sorpresa i Paesi dell'Unione».

³¹⁶ Sul punto v. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 227 e p. 228.

³¹⁷ CGCE, 13 luglio 1990 ordinanza del caso C-2/88.

³¹⁸ CGCE, 13 luglio 1990, ordinanza del caso C-2/88.

³¹⁹ CGCE, 28 gennaio 1999, C-77/97.

avrebbero dovuto costituire violazioni «segnatamente di natura penale»³²⁰. Tuttavia, è solo a seguito della bocciatura della Costituzione europea che la CGCE decide di statuire a favore della possibilità di emanare atti comunitari a contenuto penale e, quindi, a favore non solo di obblighi comunitari di tutela, ma di veri e propri obblighi comunitari/sopranazionali di penalizzazione.

6.3.1. Il caso C- 176/03 CGCE.

A seguito dei “contrastati legislativi” prima menzionati (rispecchianti le due diverse posizioni espresse da un lato degli Stati membri, tramite il Consiglio, e dall’altro lato dal Parlamento e della Commissione europea) e delle pronunce della CGCE prima richiamate (principalmente l’ordinanza *Zwarteld* e la sentenza *Unilever*), la Corte di giustizia, con la sentenza sul caso 176/03³²¹, ha riconosciuto per la prima volta l’implicita competenza comunitaria – di primo pilastro – ad emanare atti a contenuto penale.

La controversia prendeva origine da un ricorso della Commissione – supportata dal Parlamento europeo – con cui si chiedeva l’annullamento della decisione quadro (di III Pilastro) in materia di protezione *penale* dell’ambiente³²². La Commissione infatti, in considerazione della competenza comunitaria in tale settore, sostenne che la base giuridica corretta per disciplinare tale materia fosse da rinvenire nel primo e non nel terzo Pilastro e, quindi, che non fosse la decisione quadro (atto normativo di terzo Pilastro) ma la direttiva (atto normativo di primo Pilastro) lo strumento giuridico idoneo con cui obbligare gli Stati aderenti ad introdurre

³²⁰ CGCE, 28 gennaio 1999, Caso C 77/97, secondo cui «Peraltro, le disposizioni che, ai sensi dell’art. 6, n. 3, della direttiva 76/768, gli Stati membri intendano emanare al fine di evitare qualsiasi pubblicità che attribuisca ai prodotti cosmetici caratteristiche che questi non possiedono devono prevedere che una pubblicità di tal genere costituisce una violazione, segnatamente di natura penale, accompagnata da sanzioni che possiedano effetto dissuasivo» punto 36.

³²¹ La sentenza è stata oggetto di commento da parte di v. S. WHITE, *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, in *European Law Review*, 2006, p. 82; G. INSOLERA-V. MANES, *La sentenza della Corte di Giustizia sul «falso in bilancio»: un epilogo deludente?*, in *Cassazione penale*, 2005, p. 2764. F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Diritto penale e processo*, 2005, p. 1433.

³²² Per quanto concerne ai fatti che avevano spinto la Commissione a chiedere l’annullamento della decisione quadro, v. S. WHITE, *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, in *European Law Review*, 2006, p. 83.

sanzioni a carattere penale all'interno dei rispettivi ordinamenti. Il Consiglio invece, sostenendo che la Comunità non disponesse di alcuna competenza per obbligare gli Stati membri a predisporre una tutela penale, riteneva che fosse la decisione quadro lo strumento da adottare e, quindi, riteneva che la base giuridica dovesse rinvenirsi nel terzo Pilastro³²³.

Orbene, la CGCE per dirimere il contrasto tra Commissione e Consiglio (e decidere quale fosse la corretta base giuridica per obbligare gli Stati membri al ricorso al diritto penale nazionale sospesa tra atti di primo e di terzo Pilastro) ha preso le mosse dalla struttura del TUE e dal dato fondamentale per cui il terzo Pilastro rappresenta un potere supplementare, che non può pregiudicare i poteri comunitari di primo pilastro³²⁴; la CGCE al riguardo ha osservato che «Ai sensi dell'art. 47³²⁵ UE, nessuna disposizione del Trattato sull'Unione [può] pregiudicare le disposizioni del Trattato CE. Questo stesso principio ricorre anche al primo comma dell'art. 29³²⁶ UE, che introduce il titolo VI di quest'ultimo Trattato»³²⁷. La Corte, infatti, si riconosce «tenuta a vigilare affinché gli atti che il Consiglio considera rientrare nell'ambito del detto titolo VI non sconfinino nelle competenze che le disposizioni del Trattato CE attribuiscono alla Comunità».

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha analizzato il fine e il contenuto della decisione quadro e ha così ritenuto che l'obiettivo di questa

³²³ Quindi, l'art. 34 in combinato disposto con gli artt. 29 e 31 (e) TUE.

³²⁴ Cfr. gli artt. 47 e 29 TUE che, al riguardo, sono più che chiari; in dottrina sul punto v. J.A.E. VERVAELE, *The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: Ignori nulla cupido?*, in M.C. BASSIUNI-V. MILITELLO-H. SATZGER (a cura di), *European Cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008, p. 39; S. WHITE, *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, in *European Law Review*, 2006, p. 85.

³²⁵ Art. 47 TUE «Fatte salve le disposizioni che modificano il trattato che istituisce la Comunità economica europea per creare la Comunità europea, il trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio ed il trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica, nonché le presenti disposizioni finali, nessuna disposizione del presente trattato pregiudica i trattati che istituiscono le Comunità europee né i trattati e atti successivi che li hanno modificati o completati».

³²⁶ L'art. 29 comma I statuisce che «Fatte salve le competenze della Comunità europea, l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia».

³²⁷ Al punto 46 della sentenza, infatti, si legge che «Ai sensi dell'art. 47 UE, nessuna disposizione del Trattato sull'Unione pregiudica le disposizioni del Trattato CE. Questo stesso principio ricorre anche al primo comma dell'art. 29 UE, che introduce il titolo VI di quest'ultimo Trattato».

fosse chiaramente la protezione dell'ambiente e dunque una politica comunitaria disciplinata dagli artt. 174, 175 e 176 del TCE³²⁸. Sulla scorta di tali motivi la CGCE ha dunque accolto il ricorso presentato dalla Commissione e annullato la decisione quadro in oggetto, perché questa qualificava come reati taluni comportamenti particolarmente gravi contro l'ambiente che, sconfinando nelle competenze che l'art. 175 TCE attribuisce alla Comunità, violavano l'art. 47 TUE (ed invero la «salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità della ambiente»³²⁹ costituiscono uno degli obiettivi essenziali della Comunità). Essa ha inoltre affermato che «in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità. Quest'ultima 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»³³⁰.

Tuttavia la Corte, nel riconoscere la potestà normativa di diritto penale in capo alla Comunità in questo settore (ambiente), non specificò se analogamente l'adozione di direttive a contenuto penale fosse legittima anche in ulteriori e diversi settori di intervento (*rectius*: l'*ampiezza* di tale competenza normativa penale); in altri termini, se tale riconoscimento fosse assimilabile solo con riferimento all'ambiente ovvero a tutte le materie e i settori di competenza comunitaria. Oltre a ciò, è stato osservato come la sentenza non chiarisse quali fossero le prerogative comunitarie nel redigere una direttiva a contenuto penale e, quindi, se fosse competenza comunitaria non solo individuare il contenuto del precetto, ma anche il tipo e il livello della sanzione (*rectius*: la *profondità* di tale competenza normativa penale)³³¹.

³²⁸ Al punto 51, la CGCE afferma che «Emerge da quanto precede che, in ragione tanto della loro finalità quanto del loro contenuto, gli artt. 1 e 7 della decisione quadro hanno ad oggetto principale la protezione dell'ambiente e avrebbero potuto validamente essere adottati sul fondamento dell'art. 175 CE».

³²⁹ Art. 174 TCE.

³³⁰ CGCE, 13 settembre 2005, Caso C 176/03, punto n. 48.

³³¹ Sul punto v. F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Diritto penale e processo*, 2005, p. 1433, secondo cui «D'ora in poi le direttive potranno non solo dettare al legislatore nazionale – in forma anche assai dettagliata – il contenuto del precetto, come già ora avviene, ma potranno anche imporgli di munire di sanzione penale tale precetto».

Com'è facile capire alla luce di queste due brevi considerazioni, quindi, la sentenza della CGCE del 2005 certamente non ha costituito un punto di arrivo, nella mappatura dell'implicita competenza normativa penale comunitaria; ciò nonostante – e cioè malgrado le predette zone d'ombra circa la “ampiezza” e la “profondità” di detto potere – essa, nella misura in cui afferma che il legislatore comunitario può «adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri», ha avuto l'effetto di stravolgere la volontà degli Stati membri. Ed invero, come già evidenziato, questi avevano istituito il terzo Pilastro appositamente al fine di escludere dalle competenze comunitarie il diritto penale sostanziale, in quanto ritenuto il cuore della sovranità nazionale (volontà del resto sempre palesata tramite il Consiglio in tutti i casi di conflitti legislativi prima menzionati). Per altro verso, deve comunque considerarsi che, ad avviso di alcuni essa costituiva un «naturale punto di arrivo» di un percorso *privo sia di forzature che di salti logici*³³².

6.3.2. Il caso C-440/05 della CGCE.

Com'è stato notato, la seconda sentenza della CGCE in materia di competenza penale comunitaria è stata chiamata a comporre un conflitto che andava «oltre i profili della *res litigiosa*»³³³ ed attinente piuttosto all'ampiezza da riconoscere alla competenza comunitaria in materia penale. La Commissione infatti, a seguito della sentenza sul caso C-176/03, aveva inviato una comunicazione al Parlamento e al Consiglio con cui forniva la propria lettura, riconoscendosi titolare di competenza penale – riguardante sia il precetto, che l'entità e il tipo di sanzione penale – in tutti i settori di competenza normativa comunitaria³³⁴; in questa stessa direzione, la

³³² Questa è la posizione di C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in C. RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, p. 153.

³³³ Così C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in C. RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, p. 169.

³³⁴ Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio, 23 novembre 2005, COM 583/2005, secondo cui – punti dal 7 al 10 – «La sentenza mette in chiaro che il diritto penale di per sé non costituisce una politica comunitaria. L'azione della Comunità in materia penale può infatti fondarsi soltanto su una competenza implicita, connessa con una specifica base giuridica. Di conseguenza, *l'adozione di misure penali*

Commissione provvedeva quindi ad redigere un elenco di testi che, a suo avviso, successivamente alla sentenza sul Caso C-176/03, avrebbero dovuto avere una base giuridica nel primo Pilastro piuttosto che nel terzo³³⁵.

Dunque, con l'ulteriore sentenza del 2007 (Caso C-440/05) la CGCE sembra aver colto l'occasione per "ridimensionare" questa lettura offerta dalla Commissione proprio sulla scorta della giurisprudenza della CGCE.

A tal riguardo è opportuno segnalare che prima della sentenza sul caso C-176/03 il Consiglio aveva già adottato una decisione quadro in materia di inquinamento marittimo; tuttavia alla luce della pronuncia sopra indicata e dell'indirizzo in seguito delineatosi in seno a quest'ultima chiese l'annullamento anche di detta decisione quadro, ritenendo che questa pregiudicasse le proprie competenze di primo Pilastro.

Orbene, anche nel caso C-440/05³³⁶, la CGCE ha sostanzialmente ripercorso l'iter motivazionale che aveva precedentemente sviluppato nel

consone è possibile, a livello comunitario, solo su base settoriale ed esclusivamente ove sia accertata la necessità di lottare contro gravi inadempienze all'attuazione degli obiettivi della Comunità, nonché di prevedere misure penali per garantire la piena efficacia di una politica comunitaria e il buon funzionamento di una libertà. In concreto, al di là dell'ambito della tutela ambientale, il ragionamento della Corte si applica a tutte le politiche comunitarie e libertà entro le quali esistono norme vincolanti la cui efficacia potrebbe essere garantita solo da sanzioni penali. La Corte non distingue in base alla natura delle misure penali. La sua è un'impostazione di tipo funzionale. La possibilità, per il legislatore comunitario, di prevedere misure nella sfera penale discende dall'esigenza di far rispettare la normativa comunitaria. Questa esigenza andrà accertata caso per caso, e nelle sue proposte spetterà alla Commissione valutarla. Ove quest'ultima tuttavia, con riferimento a un dato settore, ritenesse indispensabili provvedimenti penali per garantire la piena efficacia del diritto comunitario, tali provvedimenti, a seconda delle necessità dei singoli ambiti, potranno includere il principio stesso del ricorso a sanzioni penali, la definizione della fattispecie di reato – vale a dire degli elementi costitutivi della violazione – ed eventualmente della natura e del livello delle sanzioni penali applicabili, o di altri elementi connessi con il diritto penale. Il collegamento con la base giuridica del TCE che giustifica misure del genere è l'esigenza specifica inerente a una data politica o libertà comunitaria, e anche qui la Commissione valuterà caso per caso, in funzione del fabbisogno, il grado dell'intervento comunitario nella sfera penale, privilegiando al massimo il ricorso a disposizioni orizzontali che travalichino il mero settore in causa. E dunque la libertà riconosciuta agli Stati membri in ordine alle sanzioni applicabili, ove l'efficacia del diritto comunitario lo richieda, può essere disciplinata eventualmente dal legislatore comunitario».

³³⁵ Sul punto v. L. PICOTTI, *Superamento della tecnica del "doppio testo" e tutela penale 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*, Milano, 2008, p. 324.

³³⁶ La sentenza è stata oggetto di commento da S. PEERS, *The European Community's criminal law competent: The plot thickens*, in *European Law Review*, 2008, p. 399; L. SIRACUSA, *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo "tassello" della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 241; G. PANEBIANCO, *Il riparto della competenza penale tra i "pilastri" dell'Unione europea*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 398.

caso C-176/03: prende le mosse dal disposto dell'art. 47 TUE, secondo cui nessuna delle disposizioni del Trattato CE può essere pregiudicata da una disposizione del Trattato UE e richiama il principio per cui spetta alla CGCE vigilare affinché gli atti che il Consiglio considera rientranti nell'ambito del terzo Pilastro non sconfinino nella competenza che il Trattato CE attribuisce alla Comunità.

Fatte queste premesse di ordine generale, la CGCE ha quindi ritenuto che anche in questo caso, per individuare la corretta base giuridica tra l'art. 80 TCE – collocato nel primo Pilastro – o gli articoli di terzo Pilastro, bisognasse verificare che la decisione quadro non pregiudicasse le competenze della Comunità. Su queste considerazioni la Corte riconosce che la politica dei trasporti per via marina è «uno dei fondamenti della Comunità» e, visto che la finalità e il contenuto della decisione quadro mirano a garantire l'efficacia delle norme adottate nel campo della sicurezza marittima, conclude per l'accoglimento del ricorso presentato dalla Commissione e il conseguente annullamento della decisione quadro in questione. Ciò perché, secondo la CGCE gli obiettivi della decisione quadro³³⁷ avrebbero dovuto essere perseguiti con l'adozione di una direttiva avente la propria base giuridica nell'art. 80 n. 2 TCE. Come si vede dunque, nonostante la partita del conflitto legislativo sotteso a questa pronuncia, la CGCE non svolge affermazioni di ampio respiro in merito all'implicita competenza normativa penale, ma ne riafferma la legittimità in materia penale³³⁸: essa quindi, non argomenta circa l'*ampiezza* di tale potere, ancora una volta legato a specifici settori, ma chiarisce – quanto alla *profondità* dello stesso – che la determinazione del *tipo* e del *livello* delle sanzioni penali applicabili non rientra tra le competenze delle Comunità. Com'è stato quindi condivisibilmente osservato, la CGCE addiviene ad una «scelta di compromesso» per cui, se da un lato ribadisce l'implicita competenza penale – comunitaria – di primo Pilastro ad emanare, se necessario, obblighi

³³⁷ Punto 69, secondo cui «poiché gli artt. 2, 3 e 5 della decisione quadro 2005/667 mirano a garantire l'efficacia delle norme adottate nel campo della sicurezza marittima [...] tali articoli devono essere considerati come finalizzati essenzialmente al miglioramento della sicurezza marittima, al pari della tutela dell'ambiente, e avrebbero potuto essere validamente adottati sul fondamento dell'art. 80 n. 2 CE».

³³⁸ Invero, la decisione quadro riguardava i trasporti marittimi ma la CGCE ha assimilato e ricondotto tale materia nella più ampia politica ambientale. Cfr. punti 60, 61, 62 e 63 della sentenza in oggetto.

di penalizzazione, dall'altro lato però limita tale competenza nella misura in cui ritiene che il tipo e il livello della sanzione siano pur sempre competenze di terzo Pilastro³³⁹.

6.3.3. Conclusioni sulle sentenze del 2005 e del 2007 della CGCE. Modelli sanzionatori penali per le violazioni del diritto comunitario.

La Corte di Giustizia con queste due sentenze pare quindi avere deluso le aspettative di quanti ritenevano che il riparto di competenze tra la Comunità (*rectius*: I pilastro) e l'Unione (*rectius*: III Pilastro) fosse netto e automatico, nel senso che il diritto penale dovesse sempre essere oggetto di atti normativi di terzo Pilastro perché luogo deputato a disciplinare la cooperazione in materia penale. La Comunità è stata riconosciuta infatti titolare di un'implicita competenza penale nei termini adesso precisati, nonostante non si sia accertato in termini precisi l'estensione del potere comunitario di imporre sanzioni penali.

E tuttavia dalla lettura congiunta delle due sentenze adesso richiamate è possibile estrapolare dei criteri che chiariscono i limiti di detta competenza comunitaria implicita. Innanzitutto, il *carattere trasversale (sia al primo che al terzo Pilastro) dell'obiettivo perseguito*: in entrambe le sentenze infatti, la CGCE ha legittimato l'obbligo comunitario di penalizzazione perché collegato ad una politica essenziale della Comunità (ambiente); da ciò è dunque possibile ipotizzare che l'obbligo di penalizzazione sia da ritenere legittimo in tutte le politiche reputate essenziali per la Comunità.

In secondo luogo, la CGCE ritiene che la possibilità di obblighi comunitari di penalizzazione sia possibile solo nei casi in cui questi siano *indispensabili*³⁴⁰.

³³⁹ L'osservazione è di L. PICOTTI, *Superamento della tecnica del "doppio testo" e tutela penale 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*, Milano, 2008, p. 327.

³⁴⁰ CGCE, C-440/05 secondo cui «Anche se è vero che, come regola generale, la legislazione penale, né le norme di procedura penale rientrano nella competenza della Comunità (v., in tal senso, causa 203/80, Casati [1981] ECR 2595, punto 27, causa C-226 / 97 Lemmens [1998] ECR I-3711, punto 19, e causa C-176/03, Commissione / Consiglio, punto 47), resta il fatto che quando l'applicazione di sanzioni effettive, proporzionate e

Infine, la genericità degli obblighi che derivano potestà normativa penale comunitaria in quanto – come chiarito nella sentenza nel 2007 sopra citata – la Comunità non è competente ad individuare anche il tipo e il livello della sanzione penale.

Sulla scorta di quanto fin qui argomentato – e memori dell'orientamento già espresso con la sentenza *RFA c. Commissione* – è dunque possibile affermare che l'implicita competenza penale comunitaria nella c.d. era Amsterdam dovesse ritenersi equipollente ai settori di competenza normativa comunitaria, ancorché circoscritta dai limiti sopra individuati.

dissuasive da parte delle autorità nazionali competenti è una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, il legislatore comunitario può imporre agli Stati membri di introdurre tali sanzioni per garantire che le norme che esso stabilisce in questo settore siano pienamente efficaci (v., in tal senso, causa C-176 / 03, Commissione / Consiglio, punto 48)».

CAPITOLO SETTIMO

L'ENTRATA IN VIGORE DEL TRATTATO DI LISBONA

7.1. Novità introdotte dal Trattato di Lisbona 7.2. I profili di rilevanza penalistica. – 7.2.1. *L'abolizione del terzo Pilastro.* – 7.2.2. *I retaggi del metodo intergovernativo.* – 7.2.3. *La competenza penale concorrente.*

7.1. Novità introdotte dal Trattato di Lisbona.

Dopo questo *excursus* è finalmente arrivato il momento di esporre la realtà di questi giorni, senza nascondere un po' di soddisfazione al riguardo: il *diritto penale dell'UE* infatti, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non è un argomento di cui il penalista possa disconoscere, magari anche un po' annoiato o infastidito, non già l'importanza, ma l'esistenza. Ciò non tanto perché sono state introdotte radicali innovazioni – più apparenti che reali – sul piano dei rapporti con i singoli diritti nazionali degli Stati membri visto che non è stato alterato né il rapporto tra i diversi livelli delle fonti, né la funzione del diritto nazionale rispetto al diritto di matrice europea, quanto piuttosto perché l'effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona rappresenta la chiara emersione in superficie dei punti di approdo già raggiunti, seppur a seguito di quei percorsi, lunghi e articolati, che si è fin qui sommariamente tentato di ripercorrere.

Da questa prospettiva, infatti, il Trattato di Lisbona sembra avere solo il merito di fare cessare quella diffusa convinzione per cui il diritto penale dell'UE sarebbe un argomento c.d. di nicchia, piuttosto che un diritto vigente, dotato di proprie regole comuni sia su un territorio (territorio degli Stati membri e, quindi, territorio UE) che su una comunità (cittadini degli

Stati membri e, quindi, automaticamente, cittadini europei³⁴¹).

Pur tuttavia, sul diverso piano dell'ordinamento interno dell'UE, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona comporta molteplici novità di carattere generale; come è noto infatti, dopo la bocciatura del Trattato Costituzionale, il processo di revisione dei Trattati ha ripreso il suo corso tramite l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, denominato Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e che più che modificare la struttura di fondo del trattato Costituzionale ha provveduto ad eliminare la terminologia federalista che era marcatamente presente nel Trattato Costituzionale³⁴². Più in particolare, ferma restando l'assenza di novità dal punto di vista penalistico, tra le innovazioni più importanti di carattere generale introdotte dal TFUE devono segnalarsi: l'abolizione dei Pilastrini, il riconoscimento della piena efficacia giuridica della Carta dei diritti di Nizza (ancorché non incorporata al TFUE), l'alleggerimento del metodo decisionale del Consiglio e la modifica della composizione degli organi comunitari (conformati all'aumento del numero degli Stati Membri)³⁴³.

E ancora, è degno di nota che – oltre a prevedersi due protocolli in materia di sussidiarietà e proporzionalità – il Trattato di Lisbona abbia introdotto nel diritto costituzionale dell'Unione, un embrionale e ancora non ben definito istituto di democrazia diretta a favore dei cittadini europei tramite un'espressa base giuridica³⁴⁴.

³⁴¹ In realtà se come abbiamo visto precedentemente è stata istituita la cittadinanza europea, non è possibile parlare di popolo europeo; in questo senso infatti, è orientato anche il Trattato di Lisbona nel cui Preambolo è possibile leggere che con il Trattato di Lisbona si vuole «portare avanti il processo di creazione di un'unione sempre più stretta fra *i popoli dell'Europa*, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini, conformemente al principio della sussidiarietà».

³⁴² Come è stato efficacemente osservato da R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, p. 99, «il nuovo Trattato toglie tutta la terminologia del Trattato Costituzionale (non si parla più di “costituzione”, né di “legge”, né di “ministro degli esteri”)». Più in generale, si rimanda all'opera adesso segnalata per le novità anzi segnalate nel corpo del testo.

³⁴³ Cfr. R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, p. 99.

³⁴⁴ L'art. 11 n. 4 TFUE prevede infatti che «Cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati. Le procedure e le condizioni necessarie per la presentazione di una iniziativa dei cittadini sono stabilite conformemente all'articolo 24, primo comma del trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

7.2. I profili di rilevanza penalistica.

Tra le “novità” introdotte dal Trattato di Lisbona in materia penale la più importante è indubabilmente quella di cui all’art. 4 TFUE, secondo cui l’Unione ha competenza concorrente con gli Stati membri nei settori del mercato interno, della politica sociale, della coesione economica, sociale e territoriale, dell’agricoltura e della pesca, dell’ambiente, della protezione dei consumatori, dei trasporti, dell’energia e dello *spazio di libertà, sicurezza e giustizia*. Questa disposizione infatti, com’è stato efficacemente osservato, offre allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (il c.d. SLSG) una «promozione concettuale»³⁴⁵, in quanto l’equiparazione alle materie classiche del diritto comunitario (quali, ad esempio, il mercato interno e i trasporti) segna il passaggio del diritto penale all’interno del sistema giuridico e dell’ordinamento *sopranazionale*.

E tuttavia, nonostante questo indubbio riconoscimento, il diritto penale non sembra essere stato comunitarizzato del tutto in quanto non è oggetto delle competenze comunitarie al pari delle altre materie prima richiamate. Molteplici sono infatti gli elementi che denotano come il diritto penale non sia propriamente una materia di competenza comunitaria concorrente, al pari delle altre sopra richiamate, ma soggetta a diversi ordini di contrappesi (sui quali ci si soffermerà successivamente) volti a garantire un buon punto di equilibrio tra prerogative sopranazionali e prerogative nazionali; in breve, un buon punto di compromesso tra sopranazionalità e sovranità (ovviamente nazionale), nonostante le indubbe ripercussioni per l’*identità* e la *sovranità nazionale*³⁴⁶ a favore di una identità più europea.

Come già accennato, inoltre, il Trattato di Lisbona ha provveduto sia a riconoscere pieno valore giuridico alla Carta europea di Nizza, sia a prevedere l’adesione alla CEDU³⁴⁷: ciò che ulteriormente aiuta a

³⁴⁵ Così si esprimono M. FLETCHER-R. LOOF-B. GILMORE, *Eu criminal law and justice*, Cheltenham, 2008, p. 37.

³⁴⁶ Sottolinea tali ultime implicazioni S. PEERS, *Eu criminal law and the Treaty of Lisbon*, in *European Law Review*, 2008, p. 507.

³⁴⁷ Al riguardo e, in particolare, su “chi aderirà all’orientamento di chi”, v. R. LAWSON, *The impact of the EU Constitution on the relationship between Strasbourg and Luxembourg*, in

“bilanciare” il riconoscimento della competenza penale dell’UE in chiave sopranazionale.

7.2.1. L’abolizione del terzo Pilastro.

Come già evidenziato, il Trattato di Lisbona ha provveduto all’abolizione dei tre Pilastri che avevano caratterizzato la nascita e lo sviluppo della UE. La principale novità che ne consegue è che le materie di competenza dell’*ex* terzo Pilastro convergono nel sistema giuridico comunitario: non si avranno più decisioni-quadro o Convenzioni, in quanto il Trattato di Lisbona prevede che il diritto penale sia disciplinato secondo la «procedura legislativa ordinaria»³⁴⁸. In questo modo, sul solco della precedente procedura di codecisione, il Consiglio vota a maggioranza e il Parlamento europeo è colegislatore. È tuttavia il ruolo del Parlamento Europeo ad assumere maggior peso istituzionale non soltanto perché la «procedura legislativa ordinaria» è ora applicabile a settori di primari importanza penalistica (quali quello del mutuo riconoscimento³⁴⁹, armonizzazione in materia penale³⁵⁰, prevenzione e lotta contro il terrorismo ed attività connesse³⁵¹, prevenzione della criminalità³⁵², sviluppo di Europol³⁵³ e Eurojust³⁵⁴, cooperazione tra autorità nazionali³⁵⁵), ma anche – e soprattutto per quanto qui interessa – perché l’ampliamento del ruolo del

D. CURTIN (a cura di), *The EU Constitution: The best way forward?*, The Hague, 2005, p. 377.

³⁴⁸ La procedura legislativa ordinaria è disciplinata dagli art. 289 TFUE, – secondo cui «1. La procedura legislativa ordinaria consiste nell'adozione congiunta di un regolamento, di una direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio su proposta della Commissione. Tale procedura è definita all'articolo 294. 2. Nei casi specifici previsti dai trattati, l'adozione di un regolamento, di una direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo con la partecipazione del Consiglio o da parte di quest'ultimo con la partecipazione del Parlamento europeo costituisce una procedura legislativa speciale. 3. Gli atti giuridici adottati mediante procedura legislativa sono atti legislativi. 4. Nei casi specifici previsti dai trattati, gli atti legislativi possono essere adottati su iniziativa di un gruppo di Stati membri o del Parlamento europeo, su raccomandazione della Banca centrale europea o su richiesta della Corte di giustizia o della Banca europea per gli investimenti» – e dall’art. 294 che disciplina dettagliatamente l’*iter* procedurale ordinario dell’atto legislativo dell’UE.

³⁴⁹ Art. 82, n. 1 e n. 2 TFUE.

³⁵⁰ Art. 83, n. 1 e n. 2 TFUE.

³⁵¹ Art. 75, n. 1 TFUE.

³⁵² Art. 84 TFUE.

³⁵³ Art. 88, n. 2.

³⁵⁴ Art. 85, n. 2 TFUE.

³⁵⁵ Art. 87, n. 2 TFUE.

Parlamento europeo in questo settore aiuta a risolvere il problema del *deficit* di democraticità del III Pilastro³⁵⁶.

Oltre a ciò, altre fondamentali conseguenze dell'abolizione della struttura in pilastri sono da un lato l'assoggettamento alla giurisdizione della CGCE di tutto il diritto e di tutti gli atti riconducibili all'UE (sicché è oggi possibile esperire azione di infrazione per le violazioni precedentemente dette di terzo Pilastro) e, da l'altro lato, il riconoscimento alla Commissione del ruolo di "garante dei Trattati" (il che non è privo di importanza dato che la Commissione è titolare di un penetrante potere di supervisione).

Più nel dettaglio, con riferimento al riconoscimento della giurisdizione della CGCE è stato notato che tale novità potrà consentire un maggiore dialogo tra il diritto penale dell'UE (o diritto dell'UE *tout court*) e il diritto costituzionale nazionale³⁵⁷; con riferimento al ruolo della Commissione, invece, è prevedibile che tale innovazione comporterà un maggiore controllo della implementazione dei precetti europei (di *ex terzo* Pilastro) all'interno dei singoli ordinamenti nazionali.

7.2.2. *I retaggi del metodo intergovernativo.*

Come si è avuto modo di anticipare, il Trattato di Lisbona – nonostante le innovazioni di indubbia importanza sopra esposte – non ha "comunitarizzato" del tutto il diritto penale, poiché il riconoscimento di questa competenza in capo all'ente sopranazionale UE è circondato da una serie di cautele la cui *ratio* è da riconnettere alla assoluta peculiarità di questo settore del diritto per gli Stati membri. Proprio questo, del resto, è il senso dell'art. 67 che, proprio nel corpo del Titolo V (disciplinante lo Spazio di Libertà, sicurezza e giustizia) al capo 1 (Disposizioni generali), statuisce che «L'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia *nel rispetto dei diritti fondamentali, nonché dei diversi sistemi giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri*»: oltre all'espreso riconoscimento dei diversi sistemi giuridici e delle diverse tradizioni

³⁵⁶ In questo senso v. M. FLETCHER-R. LOOF-B. GILMORE, *Eu criminal law and justice*, Cheltenham, 2008, p. 39.

³⁵⁷ Così V. MITSILEGAS, *EU criminal law*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 42.

giuridiche è peraltro interessante segnalare che tale disposizione riflette la posizione degli Stati membri di non fornire l'UE di una competenza penale "aperta"³⁵⁸.

Tuttavia, il maggior indice della mancata comunitarizzazione a tutto tondo del diritto penale è il c.d. freno di emergenza azionabile dal singolo Stato membro qualora ritenga che l'atto legislativo europeo «incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale». Qualora, infatti, un membro del Consiglio ritenga che un atto legislativo europeo «incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso la procedura legislativa ordinaria è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria»³⁵⁹. Inoltre, è previsto che alcuni Stati membri possano, nei modi e nelle forme previste dal Trattato, attivare una cooperazione rafforzata sulla base dell'atto legislativo in questione³⁶⁰.

Il c.d. freno di emergenza è quindi un vero freno alla penalizzazione sia perché non si può prescindere dall'unanimità, come già precedentemente al Trattato di Lisbona nelle materie di terzo Pilastro, sia perché il "freno alzato" da uno o più Stati non pregiudica in via definitiva la corsa di altri Stati membri. Proprio per questo la dottrina ha affermato che questo sistema fa aleggiare lo spettro della frammentazione normativa del sistema di giustizia penale dell'EU³⁶¹.

³⁵⁸ In questo senso V. MITSILEGAS, *EU criminal law*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 42.

³⁵⁹ Art. 83, n. 3 TFUE.

³⁶⁰ Il riferimento, comunque, è all'art. 83, n. 3, secondo cui «Qualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 1 o 2 incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso la procedura legislativa ordinaria è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria.

Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di direttiva in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata».

³⁶¹ L'osservazione è di M. FLETCHER-R. LOOF-B. GILMORE, *Eu criminal law and justice*, Cheltenham, 2008, p. 42.

7.2.3. La competenza penale concorrente dell'UE.

Seppur con detti contrappesi – chiaro retaggio del metodo intergovernativo – il Trattato di Lisbona riconosce lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia come una materia di competenza concorrente e vi dedica l'intero Titolo V, suddividendolo in quattro capi: il primo sulle «disposizioni generali»; il secondo sulle «Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione»; il terzo della «Cooperazione giudiziaria in materia civile»; il quarto della «Cooperazione giudiziaria in materia penale» (all'interno di quest'ultima è peraltro posta la distinzione – in realtà parziale, visto che la disciplina del freno di emergenza è la medesima – tra disciplina riguardante la procedura penale e il diritto sostanziale penale).

Orbene dovendosi qui soffermare solo su profili di diritto sostanziale penale, la norma fondamentale per comprendere la competenza penale dell'UE è l'art. 83 del TFUE, secondo cui «il Parlamento europeo e il Consiglio» deliberano «*mediante direttive* secondo la procedura legislativa ordinaria»³⁶²: dunque, l'atto legislativo europeo per disciplinare il diritto penale secondo la procedura legislativa ordinaria è la direttiva. La preferenza per questo atto legislativo europeo lascia agli Stati un ampio margine di manovra in sede di implementazione, poiché, come è noto, vincola lo Stato membro al risultato da raggiungere e non alle forme tramite cui raggiungere questo risultato³⁶³. La scelta della direttiva quindi, oltre a riflettere la volontà degli Stati di disciplinare il diritto penale con un atto legislativo non eccessivamente lesivo della discrezionalità nazionale, tiene in debito conto le particolarità dei sistemi penali dei singoli Stati membri in sede di implementazione nazionale delle direttive³⁶⁴.

Sotto altro aspetto, occorre segnalare che l'art. 83 citato non prevede una competenza illimitata, ma soltanto due tipi specificatamente disciplinati.

Quanto al primo, esso riguarda «sfere di criminalità particolarmente

³⁶² Art. 83, n. 1 TFUE.

³⁶³ V. art. 288 TFUE.

³⁶⁴ L'osservazione è di V. MITSILEGAS, *Eu criminal law*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 42.

gravi» e dalla «dimensione transnazionale» analiticamente elencate («terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata») alle quali, «In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio» – deliberando «all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo» e rispettando i medesimi parametri di gravità e transnazionalità – può aggiungerne ulteriori. Per queste aree d'intervento l'art. 83 n. 1, sancisce dunque la competenza UE ad emanare direttive a contenuto penale secondo la procedura legislativa ordinaria, prevedendo che *«Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire 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».*

Quanto invece al secondo tipo di competenza penale europea, lo stesso art. 83 TFUE al n. 2 prevede che «Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive...». La seconda competenza penale dell'UE presenta dunque tratti individualizzanti autonomi rispetto a quelli prima menzionati (di cui al n. 1 dell'art. 83 TFUE) ed è strettamente legata alla tutela delle politiche europee tanto da essere subordinata alla ritenuta indispensabilità per garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'UE in settori oggetto di misure di armonizzazione. A tal riguardo, per altro si sottolinea incidentalmente che in ciò il Trattato di Lisbona recepisce l'indirizzo della CGCE di cui alle sentenze del 2005 e del 2007 circa l'indispensabilità dell'intervento penale.

Da quanto fin qui esposto può inoltre dedursi che mentre il primo tipo di competenza tende verso scopi di natura sociale/civile ed è perciò definibile come il diritto “penale naturale” dell'UE (perché rivolto alla

tutela di beni giuridici), il secondo tipo di competenza è invece da ricondurre alla tutela delle politiche comunitarie, sicché persegue prevalentemente scopi economici in chiave sanzionatoria e si atteggia quindi come diritto “penale artificiale” di matrice europea (perché teso alla tutela di funzioni EU).

In ogni caso, alla luce della disposizione nel suo complesso, è evidente come – similmente al passato – la competenza penale dell’UE non sia illimitata, ma circoscritta a specifiche aree di intervento.

Anche con riguardo a queste, del resto, il Trattato di Lisbona sembra avere comportato novità più apparenti che sostanziali posto che il diritto penale europeo naturale di cui al novero delle dieci aree di intervento prevede in più, rispetto alla situazione antecedente all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, solo il traffico di armi; a tale ultimo riguardo, però, si tenga presente che spesso il traffico di armi è collegato con la criminalità organizzata o il terrorismo³⁶⁵.

³⁶⁵ L’osservazione è di S. PEERS, *Eu criminal law and the Treaty of Lisbon*, in *European Law Review*, 2008, p. 518.

CAPITOLO OTTAVO

I SISTEMI SANZIONATORI UE: IL SISTEMA IMMEDIATO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO PUNITIVO E IL SISTEMA MEDIATO DI DIRITTO PENALE.

8.0. Premessa. – 8.1. Il sistema sanzionatorio immediato di diritto amministrativo punitivo. – 8.2. Il sistema sanzionatorio mediato di diritto penale. – 8.2.1. *Le “vecchie” fonti europee in materia penale.* – 8.2.2. *Le attuali fonti europee in materia penale.* – 8.3. Conclusione.

8.0. Premessa.

Se in origine il sistema sanzionatorio sopranazionale era qualcosa di controverso, oggi viceversa il quadro appare chiaro nella sua struttura portante. Si è infatti evidenziato come le violazioni del diritto prodotto dall'odierna UE siano potenzialmente sanzionabili: lo sviluppo dell'integrazione europea dai Trattati istitutivi fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha infatti avuto l'effetto di chiarire i tratti caratterizzanti il sistema sanzionatorio UE.

Cercando adesso di schematizzare le linee portanti di tale sistema sanzionatorio giova preliminarmente osservare che esso è strutturato su due fondamentali dicotomie: da un lato le *sanzioni esecutive* contrapposte alle *sanzioni punitive*³⁶⁶ e, dall'altro lato, le *sanzioni punitive di diritto amministrativo* contrapposte alle *sanzioni punitive di diritto penale*. Ed infatti, il regolamento n. 2988 del 1995, nel dettare la disciplina generale del potere punitivo comunitario di diritto amministrativo, disciplina di ampio

³⁶⁶ Per questa distinzione vedi M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Volume I, *La legge penale*, Torino, 1999, p. 3.

respiro al cui fine è stato emanato, ha previsto “misure amministrative”³⁶⁷ che «non sono considerate sanzioni»³⁶⁸ perché misure riparatorie o reintegratrici³⁶⁹; ha previsto inoltre “sanzioni amministrative” che, se da un lato possono diminuire il patrimonio di una persona fisica o giuridica, dall’altro lato non possono diminuire la libertà personale degli individui, sicché non possono in alcun modo considerarsi sanzioni penali³⁷⁰.

Ciò premesso e concentrando l’attenzione sulle sole sanzioni punitive (*sanzioni punitive di diritto amministrativo/sanzioni punitive di diritto penale*), da quanto esposto è facile desumere che il sistema sanzionatorio UE conosce ed è strutturato su un “illecito minore” e su un “illecito maggiore”: il primo di competenza esclusiva sopranazionale; il secondo, invece, di competenza concorrente tra il livello sopranazionale e il livello nazionale³⁷¹.

Questa ultima distinzione, in realtà, ricalca il sistema sanzionatorio italiano perché all’interno dei nostri confini nazionali per l’illecito minore è possibile un trasferimento di competenze ad autorità amministrative nella misura in cui le sanzioni da queste ultime direttamente applicabili, pur avendo carattere punitivo, non siano idonee ad incidere direttamente sulla libertà personale³⁷².

Su questa premessa e restando quindi sempre all’interno del settore

³⁶⁷ Art. 4 del regolamento 2988 del 1995

³⁶⁸ Art. 4 n. 4 del regolamento 2988 del 1995.

³⁶⁹ Sul punto v. A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L’esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, p. 247.

³⁷⁰ Al riguardo, infatti, appare interessante evidenziare che se da un lato i criteri per identificare una sanzione come “amministrativa” sono diversi all’interno dei vari ordinamenti, dall’altro lato, invece, un elemento in comune agli stessi è rappresentato dalla «esclusione di sanzioni privative della libertà» così A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L’esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, p. 169.

³⁷¹ Anche se il riconoscimento del diritto penale tra le materie di competenza concorrente tra ente sopranazionale e livello nazionale è avvenuto solo con il Trattato di Lisbona, tramite il richiamo svolto dall’art. 83 TFUE allo spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, in realtà, anche prima di questo momento, la penalizzazione di una violazione del diritto prodotto in sede di primo e di terzo Pilastro era possibile in base all’interazione tra fonti europee e fonti nazionali e, quindi, sostanzialmente natura concorrente, – sebbene la funzione incriminatrice sia sempre stata nazionale –.

³⁷² Sulla legittimità costituzionale del trasferimento di competenze alle autorità amministrative all’interno dei confini nazionali cfr., ad esempio, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte Generale*, Torino, 2008, p. 49.

punitivo, le violazioni del diritto UE sono potenzialmente sanzionabili sia tramite il sistema sanzionatorio *immediato* di diritto amministrativo punitivo (di cui al caso 240/90 *RFT c. Commissione* della CGCE e al regolamento 2988/95) in funzione di “illecito minore”, sia attraverso il sistema sanzionatorio *mediato* di diritto penale degli Stati membri in funzione di “illecito maggiore”.

Sono quindi sanzionabili come “illecito minore UE” le violazioni del diritto europeo punite tramite *sanzione amministrativa* punitiva che, dapprima la Comunità, oggi l’UE può prevedere e applicare direttamente ai singoli.

Sono invece sanzionabili come l’“illecito maggiore UE” le violazioni del diritto europeo punite tramite *sanzione penale*: l’UE infatti – in origine in modo esclusivamente indiretto e successivamente all’entrata in vigore del Trattato di Maastricht anche in modo diretto – può obbligare (tramite diverse fonti, sulle quali meglio si dirà nei successivi paragrafi) gli Stati aderenti a ricorrere al diritto penale nazionale per sanzionare le violazioni del diritto da essa promanato.

Appare quindi possibile affermare che, contrariamente alle previsioni originarie dei Trattati, l’UE oggi non solo è competente in materia sanzionatoria, ma ha a disposizione due sistemi sanzionatori per *punire* le violazioni del diritto da essa prodotto: da un lato e in via immediata il sistema sanzionatorio di diritto amministrativo punitivo (sia accentrato che decentrato); dall’altro lato e in via mediata, invece, il sistema sanzionatorio di diritto penale.

Tuttavia, sebbene si tratti di sistemi sanzionatori egualmente afferenti alla materia punitiva essi non possono certamente essere equiparati, in quanto differiscono profondamente sia sotto il profilo del grado di contenuto affittivo (l’illecito minore può diminuire solamente il patrimonio di una persona, fisica o giuridica, mentre l’illecito maggiore può diminuire la libertà personale di un individuo) sia per la complessità funzionale che li contraddistingue.

8.1. Il sistema sanzionatorio immediato di diritto amministrativo punitivo.

Come già affrontato, il Trattato in origine prevedeva la possibilità di statuire precetti e applicare direttamente sanzioni limitatamente al settore della concorrenza, secondo i dettami del c.d. sistema sanzionatorio accentrato (competenza a prevedere e ad applicare sanzioni pecuniarie punitive per le violazioni del diritto comunitario); in un secondo momento è stato consacrato in capo alla Comunità (CGCE Caso C-240/90 e Regolamento 2988/95) il più ampio potere di prevedere non soltanto il precetto da tutelare, ma anche sanzioni ulteriori rispetto a quelle originariamente previste dal Trattato in materia di concorrenza e di delegarne l'applicazione agli Stati membri, secondo i dettami del c.d. sistema sanzionatorio decentrato, nei casi in cui ciò sia necessario per l'attuazione delle politiche comunitarie.

In entrambi i casi (sistema accentrato e decentrato) la tutela del diritto comunitario avviene in modo immediato nel senso che, promanando la sanzione da un atto direttamente applicabile (il regolamento), non è necessario un atto nazionale di trasposizione; sia nel modello accentrato che in quello decentrato è infatti possibile l'applicazione di sanzioni amministrative punitive in capo ai singoli, senza che sia necessario per gli Stati membri la trasposizione interna né del precetto né della sanzione.

Alla luce di tali considerazioni può dunque affermarsi che il sistema sanzionatorio immediato di diritto amministrativo punitivo – proprio perché prevede che lo strumento per l'esercizio della funzione incriminatrice sia il regolamento – è incentrato direttamente su una fonte legislativa europea ed è dunque modellato come un sistema ispirato ad una “riserva di regolamento”. Peculiarità questa che deriva – e trae la radice della propria legittimità – dalla circostanza che trattasi di “illecito minore”, nel senso che incide solo su beni di natura patrimoniale e per questo non necessita della “mediazione” della legislazione nazionale.

Al riguardo, secondo la prospettiva interna, giova senz'altro precisare che l'applicazione di questa tipologia di sanzioni non interferisce con il principio di riserva di legge prevista dall'art. 23 della Costituzione per

le sanzioni punitive nazionali³⁷³. Ed invero, al sistema sanzionatorio immediato UE non occorre una base legislativa nazionale ai fini dell'applicazione della sanzione perché, come riconosciuto dalla Corte costituzionale³⁷⁴, è esso stesso emanazione di un'autonoma fonte di produzione, ancorché propria di un ordinamento distinto da quello nazionale. L'affermazione è oggettivamente di quelle che destano stupore e tuttavia questa è stata la posizione della Corte Costituzionale, che sul punto non sembra avere mai cambiato impostazione³⁷⁵. Del resto, se si riflette sulla circostanza per cui le sanzioni amministrative punitive all'interno dei confini nazionali possono essere previste certamente dalle Regioni³⁷⁶ e, in un certo modo, anche dalle Province e dai Comuni, si comprende che il trasferimento di competenze nel settore punitivo dal livello nazionale al livello sopranazionale non è che il riflesso dell'integrazione dell'ordinamento nazionale col più ampio ordinamento sopranazionale UE. Sul punto si tornerà più avanti.

8.2. Il sistema sanzionatorio mediato di diritto penale.

Totalmente differenti rispetto a quelle adesso esposte con riferimento al sistema sanzionatorio immediato di diritto amministrativo punitivo sono invece le modalità di estrinsecazione dell'"illecito maggiore"; questo infatti, avendo maggiore contenuto afflittivo e maggiore complessità funzionale, non può che essere circondato da maggiori garanzie; ed in effetti la differenza tra illecito minore e illecito maggiore UE riflette la *diversità per grado e non per sostanza* intercorrente tra sanzioni punitive amministrative e sanzioni penali: nonostante entrambe abbiano carattere punitivo,

³⁷³ L'art. 23 Costituzione afferma che «Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge».

³⁷⁴ V. Corte costituzionale n. 183 del 1973;

³⁷⁵ Il dato infatti appare costante: cfr. sul punto *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. BARTOLE-R. BIN, Padova, 2008, p. 200; *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. CRISAFULLI-L. PALADIN, Padova, 1990, p. 168.

³⁷⁶ Tale competenza è riconosciuta dall'art. 9 della legge 689 del 1981. Sul punto v. M.A. SANDULLI, voce *Sanzione IV) Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1992, p. 8; M. SINISCALCO, voce *Depenalizzazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, p. 7; C. PALIERO A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, p. 165; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2007, p. 704.

l'applicazione di una sanzione penale – e, cioè, di una sanzione che “tocca” direttamente la libertà personale –, per punire violazioni del diritto promanato dall'attuale UE, può avvenire solo tramite una legge nazionale che operi in funzione incriminatrice. Detto in altri termini, la competenza ad incidere sulla libertà personale è prerogativa “esclusiva” della legge nazionale; in questo caso infatti, nella prospettiva nazionale, il referente teorico non è più l'art. 23 della Costituzione, ma quello più stringente delineato dall'articolo 25 della stessa. In questo senso tale forma di illecito è “maggiore”, perché, incidendo sulla libertà personale, ha necessità dell'apporto della legislazione nazionale che, in conformità con quanto statuito dagli artt. 13 e 25 della Costituzione, preveda la responsabilità penale per determinate violazioni³⁷⁷.

Dunque, nonostante gli sviluppi del sistema sanzionatorio mediato di diritto penale degli Stati membri, rappresentati dall'esistenza non solo di obblighi sopranazionali di *tutela*, ma anche di obblighi sopranazionali di vera e propria *penalizzazione*, la funzione incriminatrice in materia penale è sempre stata svolta da una legge nazionale, dalla quale deve risultare evidente la responsabilità penale del soggetto.

Tali considerazioni trovano conferma nell'esame dell'avvicinarsi delle fonti europee in materia penale dal quale la distinzione tra illecito minore e illecito maggiore EU non solo risulta riscontrabile già su un piano istituzionale ordinamentale, ma appare inoltre ancora più evidente. L'ordinamento sopranazionale infatti, se da un lato si è arrogato la possibilità di prevedere precetti e sanzioni comunitarie di stampo amministrativo punitivo, dall'altro lato non ha fatto altrettanto con riguardo alla materia penale. Anzi, come si è visto, consapevole che il diritto penale è un settore nevralgico per la sovranità nazionale degli Stati membri, è stato istituito l'*ex terzo* Pilastro in funzione di laboratorio delle politiche criminali da seguire a livello europeo. Dall'entrata in vigore Trattato di Maastricht fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, quindi, il terzo Pilastro ha rappresentato il luogo dove si è svolta la formazione di una politica

³⁷⁷ Sulla *ratio* dell'art. 25/2 nel senso di garanzia per la libertà dell'individuo v. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1973, p. 39.

criminale comune al livello UE³⁷⁸.

8.2.1. Le “vecchie” fonti europee in materia penale.

Precedentemente all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le fonti europee in materia penale potevano distinguersi in fonti europee indirette ovvero dirette ed erano rappresentate rispettivamente dagli obblighi di tutela adeguata ovvero da obblighi di penalizzazione.

Gli obblighi di tutela adeguata discendevano dalla competenza punitiva indiretta della Comunità in base all’obbligo per gli Stati membri di attuazione nazionale conforme dei precetti comunitari e, quindi, tramite il riferimento sia ai singoli atti normativi in questione, sia agli artt. 10 e 249 TCE; ed invero, in base all’obbligo comunitario di tutela adeguata statuito a partire dalla sentenza sul *Mais greco*, gli Stati membri sono stati obbligati a predisporre un regime nazionale di attuazione conforme dei precetti sopranazionali, che solo indirettamente ed eventualmente, può trasfigurare in un obbligo di penalizzazione.

Gli obblighi di penalizzazione, invece, in origine potevano essere previsti solo da atti normativi promananti dal terzo Pilastro (Convenzioni o decisioni quadro), ma in un secondo momento – dopo le sentenze della CGCE del 2005 e 2007 – potevano fondarsi tramite la tecnica del doppio testo a contenuto penale in parte in atti di primo Pilastro (contenenti il precetto) e in parte in atti di terzo Pilastro (concernenti la sanzione penale).

Secondo il quadro adesso brevemente delineato delle “vecchie” fonti europee in materia penale, inoltre, sia nel caso di obblighi di tutela che di penalizzazione, la funzione incriminatrice ai fini dell’accertamento della responsabilità penale di un soggetto non ha mai potuto essere svolta da un atto normativo europeo: solo in base al combinato disposto di un atto normativo europeo e di una legge nazionale dalla quale risultasse evidente la responsabilità penale del soggetto, è stato possibile assoggettare (in via mediata) la libertà personale al diritto UE.

³⁷⁸ Sul punto v. A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo Pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia di riforma dei Trattati*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, p. 1166 e ss.

8.2.2. *Le attuali fonti europee in materia penale (Lisbona).*

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la conseguente abolizione della struttura a Pilastri che aveva caratterizzato la nascita dell'UE, il quadro delle fonti europee in materia penale si è notevolmente semplificato, sebbene perduri la distinzione tra fonti europee indirette e fonti europee dirette e, quindi, tra obblighi *sopranazionali* di tutela adeguata e obblighi *sopranazionali* di penalizzazione.

Oggi, infatti, le fonti europee indirette in materia penale sono rappresentate da tutti quegli atti normativi europei che necessitano di un regime nazionale di attuazione. Questi atti potranno non richiedere espressamente agli Stati di predisporre un regime nazionale di attuazione ovvero potranno richiedere espressamente la predisposizione di tale regime di attuazione secondo i dettami della giurisprudenza sul *Mais greco*, ma in quest'ultimo caso giova ricordare che tale richiesta espressa di tutela riveste mera natura declaratoria di un obbligo già esistente di per sé.

Quanto invece alle attuali fonti europee dirette in materia penale, esse sono da ricondurre esclusivamente alla direttiva dato che il Trattato di Lisbona prevede che la materia penale debba essere regolata secondo la "procedura legislativa europea" e, quindi, tramite la direttiva. Ne consegue che il sistema sanzionatorio mediato di diritto penale è oggi strutturato come "riserva di direttiva" e che la funzione incriminatrice per l'accertamento della responsabilità penale di un soggetto che ha violato precetti UE è tuttora svolta dalla legge nazionale.

Anche oggi, dunque, la libertà personale di un soggetto può essere limitata solo tramite il passaggio obbligato da una legge nazionale di attuazione dalla quale risulti evidente la responsabilità penale del soggetto.

Tirando le somme, responsabilità penale e libertà personale appaiono essere i termini di una relazione che può riguardare solo la legge nazionale.

8.3. Conclusione.

Dalla prospettiva europea, il sistema immediato di diritto amministrativo punitivo è strutturato su una riserva di regolamento che non toccando la libertà personale è direttamente applicabile sia per quanto concerne il precetto che la sanzione; viceversa, il sistema sanzionatorio mediato di diritto penale è incentrato su una riserva di direttiva, che, perché possa comportare la diminuzione della libertà personale, necessita di una legge nazionale di attuazione dalla quale risulti evidente la responsabilità penale del soggetto.

**I SISTEMI SANZIONATORI UE: IL SISTEMA IMMEDIATO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO PUNITIVO E
IL SISTEMA MEDIATO DI DIRITTO PENALE.**

CAPITOLO NONO

IL PRINCIPIO EURO-COSTITUZIONALE DI LEGALITÀ A FAVORE DEI CITTADINI EUROPEI NELLO SPAZIO COMUNE DI LIBERTÀ SICUREZZA E GIUSTIZIA.

9.0. Premessa. – 9.1. Il principio UE di riserva di legge. 9.2. Il principio UE di determinatezza. – 9.3. Il principio UE di tassatività. – 9.4. Il principio UE di irretroattività sfavorevole. – 9.4.1. Il principio UE di retroattività favorevole. – 9.5. Conclusioni.

9.0. Premessa.

Come già accennato, i Trattati istitutivi in origine pur attribuendo alle istituzioni ampi poteri normativi e amministrativi idonei ad incidere sulle situazioni giuridiche soggettive dei singoli, non prevedevano, né un novero di disposizioni sanzionatorie per i casi di violazione del diritto comunitario (escluso il settore della concorrenza), né un novero di diritti fondamentali riconosciuti a favore dei singoli; verosimilmente, le ragioni di tale scelta sono da ricondurre alla circostanza che nelle intenzioni originarie degli Stati membri l'integrazione europea avrebbe dovuto avere mero carattere economico³⁷⁹.

Ciò non toglie tuttavia che già da tempo i Trattati istitutivi dell'odierna UE rappresentino la «carta costituzionale di una comunità di diritto»³⁸⁰; con il passare del tempo e con lo sviluppo dell'integrazione

³⁷⁹ Al riguardo v. B. NASCIBENE-C. SANNA, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, p. 50 e ss.

³⁸⁰ Così A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 3 e ss., la quale, notando che l'espressione «principio di legalità» in ambito comunitario è riferito solo al diritto penale, riscontra che «Per designare, invece, il principio di legalità quale limite all'esercizio dei poteri normativi ed amministrativi delle istituzioni politiche la giurisprudenza comunitaria si riferisce piuttosto ad una diversa ed originale nozione, che è quella di «comunità di diritto»». Sul punto, in senso conforme, v. inoltre S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 23; E.

europea sono infatti aumentati sia i *doveri dei consociati* sia i *doveri “statuali”* (*rectius*: EU) attinenti al rapporto tra autorità europea e libertà europee.

A tale ultimo riguardo, si è già avuto modo di osservare come la tutela dei diritti fondamentali nell’attuale UE sia emersa in origine all’interno della Comunità perché la CGCE, influenzata dalle posizioni dalle Corti Costituzionali italiana e tedesca, ne ha riconosciuto la tutela all’interno della propria giurisdizione al fine di affermare la preminenza del diritto comunitario sul diritto interno³⁸¹. La CGCE ha infatti collocato i diritti fondamentali all’interno della categoria dei *principi generali* e li ha individuati in concreto utilizzando come fonti sia le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri sia i Trattati internazionali di tutela dei diritti dell’uomo – in particolare la CEDU –.

Può dunque affermarsi che la tutela dei diritti fondamentali ha assunto centrale importanza al livello europeo già da decenni. È tuttavia con il progredire dell’integrazione europea che i diritti fondamentali hanno man mano assunto sempre maggiore rilevanza all’interno dell’attuale UE ed hanno trovato riconoscimento sia tramite atti di diritto secondario che in seno ai Trattati³⁸². Con le successive revisioni dei Trattati istitutivi, ed in particolare con la previsione di cui all’art. 6 del Trattato di Maastricht, si è infatti provveduto a codificare i risultati raggiunti dalla giurisprudenza della CGCE all’interno dei Trattati; a partire dal Trattato di Amsterdam, inoltre, all’interno dell’UE è stato stabilito un sistema sanzionatorio per le violazioni gravi e persistenti dei diritti fondamentali³⁸³ e successivamente si

SZYSZCZAK-A. CYGAN, *Understanding EU law*, London, 2005, p. 55. Sul processo di “costituzionalizzazione” v. M. CARTABIA-WEILER, *L’Italia in Europa*, Bologna, 2000, p. 73 e ss.

³⁸¹ Cfr. A. BERNARDI, *All’indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 47; M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L’Italia in Europa*, Bologna, 2000, p. 78 e p. 218.

³⁸² Sullo sviluppo dell’importanza dei diritti fondamentali sia all’interno del diritto comunitario primario che di quello secondario cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 130; A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell’Uomo*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 83 e ss.

³⁸³ Il riferimento è all’art. 7 TUE il quale prevede che il Consiglio europeo, deliberando all’unanimità senza il voto dello Stato accusato, sospenda parte dei diritti che a tale Stato discendono dall’appartenenza all’UE. Sul punto v. P. CRAIG-G. DE BURCA, *Eu law. Text*

è anche provveduto a creare un'agenzia dell'UE per i diritti fondamentali³⁸⁴.

Orbene, oggi, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'art. 6 TUE³⁸⁵ prevede come fonti dei diritti fondamentali – tra cui ovviamente è da annoverare il principio di legalità in materia penale – sia fonti “tradizionali” quali l'ordinamento CEDU e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, sia la “nuova” fonte della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³⁸⁶; e quest'ultima, prevedendo un nucleo di diritti fondamentali da rispettare nel territorio UE, all'art. 49 espressamente riconosce «il principio di legalità dei reati e delle pene»³⁸⁷.

Orbene, prima di esaminare più da vicino il significato e gli effetti di tale specifica previsione è opportuno evidenziare che il progressivo riconoscimento dei diritti fondamentali in ambito UE non ha avuto una funzione “declaratoria” circoscritta ad enunciazioni di principio, ma al contrario ha avuto una notevole importanza pratica. Se infatti in origine, al cospetto del silenzio serbato dai Trattati sul punto, la tutela dei diritti fondamentali ha avuto cittadinanza europea quale garanzia richiesta dagli Stati membri nei confronti dell'ente sopranazionale (e dunque come oggetto di una istanza che proveniva dal basso verso l'alto), oggi invece la tutela dei

cases, and materials, Oxford, 2007, p. 379; G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 2003, p. 193.

³⁸⁴ L'agenzia è stata istituita con il regolamento n. 168 del 2007 del 15 febbraio 2007 che ha sostituito il preesistente centro di monitoraggio contro il razzismo e xenofobia; sul punto v. P. CRAIG-G. DE BURCA, *Eu law. Text, cases, and materials*, Oxford, 2007, p. 379.

³⁸⁵ «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

³⁸⁶ MASTROIANNI R., *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 1873; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 73; POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 101.

³⁸⁷ In argomento v. A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 673.

diritti fondamentali è anche una garanzia richiesta dall'ente sopranazionale nei riguardi degli Stati membri³⁸⁸ (e, quindi, dall'alto verso il basso).

Più in particolare si è già evidenziato che se dapprima la tutela dei diritti fondamentali da parte delle stesse istituzioni comunitarie è stata la *condicio sine qua non* per fare accettare agli Stati membri la preminenza della normativa comunitaria (in questo senso, quindi, i principi generali – con la conseguenza che la tutela dei diritti fondamentali ha rappresentato originariamente un parametro di legittimità per i *sol*i atti delle istituzioni comunitarie³⁸⁹ –) in un secondo momento invece alla tutela dei diritti fondamentali sono stati obbligati anche gli Stati membri in sede di predisposizione del regime nazionale di attuazione dei precetti sopranazionali³⁹⁰ in tutti i casi di collegamento con il diritto comunitario³⁹¹.

Oggigiorno, dunque, i *principi generali* fungono indirettamente anche da parametro di legittimità degli atti e dei comportamenti posti in essere dagli Stati membri³⁹².

Il momento in cui i diritti fondamentali hanno acquisito questa ulteriore dimensione, come per tutti i fenomeni degenerativi, certamente non è facile da individuare con esattezza, mentre più agevole è individuare le ragioni e le modalità, specie se si considera che se in un primo momento l'integrazione europea era intesa come una integrazione a mero carattere economico, successivamente, con l'istituzione sia dell'UE che di uno Spazio comune di Libertà, Sicurezza e Giustizia, il referente teorico

³⁸⁸ Sul ruolo dei diritti fondamentali come parametro che investe sia gli atti comunitari che gli atti e i comportamenti nazionali di attuazione dei precetti comunitari cfr., ad esempio, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 125; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2007, p. 140; A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Diritto comunitario degli scambi internazionali*, 2008, p. 26.

³⁸⁹ Cfr. sul punto CGCE, 9 settembre 2003, C-52/02, *Rinke*, punto 26, in cui è chiaramente affermato che «il rispetto dei diritti fondamentali costituisce un presupposto di legittimità degli atti comunitari».

³⁹⁰ *Ex plurimis*, CGCE, 13 aprile 2000, C-292/97, *Karlsson*; CGCE, 13 luglio 1989, C-5/88, *Wachauf*, in cui, al punto 2, è possibile leggere «le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario [...] vincolano parimenti gli Stati membri quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie». In dottrina v. anche R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cassazione Penale*, 2002, p. 1874.

³⁹¹ In questo senso v. S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 83, e l'ampia giurisprudenza lì richiamata; v. anche G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 125; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2007, p. 140;

³⁹² Cfr., ad esempio, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 125; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2007, p. 140.

dell'integrazione europea è notevolmente cambiato.

Poste tali premesse, in merito al progressivo sviluppo dei diritti fondamentali in generale all'interno della «comunità di diritto» UE e venendo più in particolare al principio di legalità, occorre osservare che anch'esso è da intendere all'interno dello *spazio* UE quale diritto fondamentale riconosciuto ai *cittadini europei*. Ed invero, l'UE per un verso ha imposto ai cittadini europei degli obblighi tramite i sistemi sanzionatori immediato e mediato già illustrati, per altro verso ha individuato doveri e vincoli secondo un modello genuinamente liberale dei rapporti "Stato"/Cittadino (o Autorità/Libertà), riconoscendo la necessaria previa conoscibilità delle direttive di comportamento ai fini della loro successiva sanzionabilità.

Più in particolare il principio di legalità in materia penale, al pari di tutti gli altri diritti fondamentali, ha fatto il suo ingresso originario in ambito europeo tramite il riconoscimento della CGCE, che lo ha affermato quale diritto fondamentale riconosciuto dagli Stati membri ai loro cittadini. La CGCE ha infatti proceduto ad importare le garanzie penali tipiche dello *status* di cittadino di uno Stato membro all'interno dell'ordinamento comunitario in funzione di limite verso le istituzioni comunitarie e al fine specifico di evitare l'innescamento dei controlimiti da parte degli Stati membri nell'integrazione tra i diversi livelli ordinamentali³⁹³.

Orbene, se questa era la *dimensione originaria* del principio di legalità penale europea, in un secondo momento questo stesso – già riconosciuto diritto fondamentale perché diritto riconosciuto dagli Stati membri a favore dei propri cittadini e, quindi, già ricompreso nel novero dei principi generali – ha assunto un'*ulteriore dimensione*, al pari di tutti gli altri diritti fondamentali. Con l'istituzione dell'UE – intesa quale spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia – il principio di legalità in materia penale sembra infatti essere divenuto un diritto fondamentale europeo da riconoscere, tramite il collegamento alla cittadinanza nazionale di uno Stato membro, ai titolari della cittadinanza europea nel territorio UE: la previsione

³⁹³ Questa dimensione del principio di legalità è stata esposta precedentemente – paragrafo 3.1.2. e ss. – nella trattazione del fenomeno dell'integrazione positiva finalizzata ad apprestare forme di tutela nazionali al diritto comunitario.

dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sembra muoversi proprio in questa direzione.

In questo modo, il principio di legalità penale non funge solamente da parametro di legittimità degli atti sopranazionali, ma anche da «parametro di legittimità delle norme nazionali di trasposizione»³⁹⁴. La dottrina, infatti, al riguardo ritiene che «appare ormai chiaro che, almeno in linea di principio, al rispetto di tale principio di legalità europea dovrebbe risultare tenuta non solo ogni eventuale fonte europea in materia penale, ma anche ogni fonte nazionale deputata a dare attuazione penale a norme di diritto europeo»³⁹⁵.

Riassumendo, deve dunque concludersi che oggi giorno l'UE, oltre ad essere garante del principio di legalità in materia penale ed essere vincolata essa stessa al suo rispetto, ne impone il rispetto anche agli Stati membri in sede di attuazione nazionale dei propri precetti e, comunque, nei settori in cui è possibile un collegamento tra ordinamenti giuridici. E quest'ultima accezione del principio di legalità in ambito EU rappresenta un'ulteriore dimensione del principio di legalità penale rispetto a quella originaria prima brevemente descritta.

Se queste premesse sono corrette, appare quindi possibile sostenere che all'interno dell'UE convivano due distinte dimensioni del principio di legalità penale (l'una *nazionale*, l'altra *europea*) accomunate dall'essere entrambe rivolte a delineare il valore euro-costituzionale acquisito nel tempo dal principio di legalità penale: la prima, precedente nel tempo alla seconda, intesa come parametro di legittimità per gli atti delle istituzioni sopranazionali e, quindi, intesa come limite imposto alle istituzioni sopranazionali per evitare l'innescamento dei controlimiti nazionali. La seconda, invece, sviluppatasi sul presupposto della precedente, come parametro di legittimità delle norme nazionali di attuazione in tutti i casi in cui vi sia un collegamento con il diritto EU, pena le sanzioni di cui all'art. 7 TFUE.

Svolte queste considerazioni sul ruolo dei diritti fondamentali e del

³⁹⁴ A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 48.

³⁹⁵ Così A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 48.

principio di legalità all'interno dell'attuale UE, si tenterà ora di delineare i diversi corollari che da quest'ultimo attualmente derivano all'interno dell'ente sopranazionale UE. Al riguardo giova precisare e ricordare che se da un alto (sul fronte CEDU) non è possibile distinguere diversi gradi di illecito perché tutta la materia punitiva è assoggettata alle medesime garanzie, dall'altro lato sul fronte UE, è possibile distinguere l'illecito minore (a contenuto amministrativo punitivo, che incide sul patrimonio) da quello maggiore (a contenuto penale che incide invece sulla libertà personale).

Alla luce di tale rilievo appare dunque chiaro che nell'esaminare le ricadute dell'adesione italiana all'UE sul principio di legalità penale, non è possibile delineare il principio di legalità penale vigente all'interno dell'UE, senza dare contezza anche del principio di legalità nella più generale materia punitiva.

9.1. Il principio UE di riserva di legge.

In ambito UE il principio della *lex scripta* è vigente sia riguardo all'illecito minore che all'illecito maggiore, sicché il suo ambito di applicazione comprende sia il sistema sanzionatorio immediato di diritto amministrativo punitivo³⁹⁶ che il sistema sanzionatorio mediato di diritto penale³⁹⁷. Con ciò tuttavia non intende affermarsi che il principio della *lex*

³⁹⁶ Il riferimento è al riconoscimento legislativo di cui all'art. 2 del regolamento 2988 del 1995 secondo cui «Nessuna sanzione amministrativa può essere irrogata se non è stata prevista da un atto comunitario precedente all'irregolarità». Su questa «riserva di legge» cfr. A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturati*, Milano, 2000, p. 216 e ss.; K. TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993, p. 223 e ss.

³⁹⁷ La CGCE, sebbene non abbia mai riconosciuto la possibilità per il diritto CE ed EU di incidere direttamente sulla libertà personale dei singoli, non ha mai riconosciuto espressamente il principio di riserva di legge; sul punto infatti la dottrina (il riferimento è a A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 60) ritiene che, in base alle fonti del principio di legalità nell'ambito dell'UE – in particolare le tradizioni costituzionali comuni – «si potrebbe e si dovrebbe pervenire alla affermazione del corollario “storico” della riserva di legge». Sul principio della *lex scripta* nel sistema sanzionatorio mediato di diritto penale v. inoltre A. BERNARDI, *“Riserva di legge” e fonti europee in materia penale (Parte I)*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, vol. XX, 2006, p. 1 e ss; C. HONORATI, *La comunitarizzazione*

scripta sia il medesimo per entrambi i gradi d'illecito UE³⁹⁸; analogamente a quanto avviene all'interno dei confini nazionali (*rectius*: per l'illecito amministrativo punitivo³⁹⁹) la declinazione di tale principio all'interno del sistema sanzionatorio mediato di diritto penale degli Stati membri riveste una posizione ancillare rispetto al sistema immediato di diritto amministrativo punitivo.

Ed invero, il principio della *lex scripta* ai fini della sanzionabilità delle violazioni delle norme europee è stato previsto sia dall'art. 2 del regolamento 2988 del 1995 con riferimento al sistema di tutela immediata amministrativa punitiva come anche al sistema di tutela mediata di diritto penale. Tra le due ipotesi sopra richiamate intercorre però una centrale differenza che, se da un lato richiama il diverso grado di prerogative statali in materia sanzionatoria, dall'altro lato riflette le istanze sottese alla creazione del (l'ormai superato) terzo Pilastro in punto di diminuzioni e limitazioni della sovranità nazionale⁴⁰⁰.

Ed invero, in ambito EU il principio di riserva di legge esiste ed è inteso come principio di riserva di fonte competente: il principio della *lex scripta* infatti, se riferito al sistema immediato di tutela di natura amministrativa punitiva, è soddisfatto in base ad un atto normativo europeo

della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario, in C. RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, p. 131 e ss.; G. M. VAGLIASINDI, *La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, p. 1038 e ss.; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, p. 91 e ss.; A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 120 e ss.

³⁹⁸ Al riguardo, la dottrina riconosce che il principio di legalità in ambito EU è suscettibile di diverse declinazioni nella misura in cui afferma che nell'ordinamento sopranazionale «è difficile configurare un unico principio di legalità»: così A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Diritto comunitario degli scambi internazionali*, 2008, p. 8, cui si rimanda per un'analisi sulla geometria variabile del principio.

³⁹⁹ L'illecito amministrativo punitivo, contrariamente all'illecito penale, è infatti vincolato al rispetto dell'art. 23 della Costituzione ed è strutturato su una "riserva relativa" di legge. Per questo motivo, ad esempio, la legge n. 689 del 1991 prevede la potestà sanzionatoria amministrativa anche in capo alle Regioni. Sul punto cfr. C. PALIERO A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, p. 165; M. SINISCALCO, voce *Depenalizzazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, p. 6; M.A. SANDULLI, voce *Sanzione, IV) Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1992, p. 8; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2007, p. 704.

⁴⁰⁰ Al riguardo, giova ricordare, infatti, che il defunto terzo Pilastro era stato istituito appositamente affinché gli Stati membri avessero un canale che, seppur collegato all'UE, fosse sganciato dal sistema comunitario di primo Pilastro.

*direttamente idoneo a produrre effetti sul patrimonio dei singoli*⁴⁰¹; questo è il caso dei modelli sanzionatori di diritto amministrativo punitivo accentrato e decentrato che, come esposto, si fondano sui regolamenti adottati nel settore della concorrenza e in quello c.d. delle sanzioni *sui generis*⁴⁰².

Se riferito al sistema mediato di tutela di natura penale, invece, il principio della *lex scripta* assume tutt'altro valore perchè non può mai essere soddisfatto in base ad un mero atto normativo europeo; come già evidenziato e ripetuto più volte dalla CGCE, ai fini dell'accertamento della responsabilità penale di un soggetto (e, quindi, dell'intrusione europea nel regolare il rapporto tra Stato membro e libertà personale dei suoi consociati), è infatti imprescindibile una legge nazionale dalla quale risulti in modo evidente la responsabilità penale per la violazione del diritto di matrice europea. Orbene, il principio adesso richiamato è stato dichiarato valido (come precedentemente esposto) sia in sede di primo Pilastro, per tutte le fonti del diritto comunitario, sia con riferimento alle fonti normative di terzo Pilastro⁴⁰³. Anche con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona esso non sembra aver subito alterazioni, ma anzi trovato definitiva consacrazione. Ed invero, la procedura legislativa europea, con cui deve essere disciplinata la materia penale come sopra esposto, prevede il ricorso alla direttiva e cioè ad uno strumento normativo che non può creare obblighi in capo ai singoli indipendentemente da una legge nazionale adottata per la sua attuazione.

In ambito europeo, quindi, non solo esiste il principio della *lex scripta*, ma esistono diverse forme di "riserva di legge" che si distinguono a seconda che si versino nel sistema immediato di diritto amministrativo punitivo ovvero nel sistema mediato di diritto penale: nel primo caso la base legislativa idonea ai fini della applicazione delle rispettive sanzioni è *europea* in quanto si fonda su norme di regolamento che possono

⁴⁰¹ Al riguardo giova ricordare che il regolamento 2988 del 1995, dettando la disciplina generale della regolamentazione del potere punitivo comunitario, al comma 1, dalla lettera a) alla lettera f), elenca una serie di sanzioni amministrative tutte a contenuto economico e, alla lettera g), include nel novero delle sanzioni anche «altre sanzioni, di carattere esclusivamente economico, purché di natura e portata equivalenti, contemplate dalle normative settoriali in funzione delle necessità proprie del settore in cui trattasi e nel rispetto delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione dal Consiglio».

⁴⁰² Sul punto v. quanto precedentemente esposto ai paragrafi 4.1. e 4.2.

⁴⁰³ Al riguardo vedi quanto precedentemente esposto ai paragrafi 3.1.2. e ss.

direttamente incidere sul *patrimonio* di persone sia fisiche che giuridiche; nel secondo caso, invece, la sola base legislativa idonea è la legge *nazionale* perché la scelta di penalizzare violazioni del diritto sopranazionale determina l'incisione non già della sfera economica dei singoli (attraverso una sanzione punitiva a carattere economico), ma della libertà personale.

La distinzione adesso proposta in realtà non è prevista esplicitamente in nessuna fonte scritta di diritto primario dell'UE; tuttavia appare abbastanza chiara, nella sua portata contenutistica, analizzando sia la giurisprudenza elaborata dalla CGCE sia lo sviluppo del sistema sanzionatorio immediato (amministrativo punitivo) e mediato (penale) a disposizione dell'UE.

Mentre infatti l'intero sistema dell'illecito minore (precetto e sanzione) è monopolio esclusivo del sistema sanzionatorio europeo, la sanzionabilità di una violazione del diritto EU tramite l'illecito maggiore è frutto della competenza concorrente tra l'ordinamento sopranazionale e l'ordinamento nazionale. Ed invero, in quest'ultimo caso, la formazione e la formulazione della volontà penalizzatrice sorgono dal concorso di fonti europee – indirette e dirette – e fonti nazionali e, quindi, dal concorso di più manifestazioni legislative (EU e nazionali) di volontà, anche se la base legislativa ai fini dell'estrinsecazione della funzione incriminatrice è solo e sempre la legge nazionale.

Ciò posto, è per altro interessante osservare come la circostanza che i sistemi UE sia incentrato sulla *lex scripta* europea (regolamento) o nazionale (legge nazionale), contribuisce a sfatare, nella prospettiva delle fonti in materia penale, la distinzione intercorrente tra famiglie giuridiche di *civil* o di *common law*⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴ Il riferimento è al dato secondo cui la distinzione tra sistemi giuridici di *civil law* e di *common law* è sostanzialmente svuotata di contenuto all'interno del processo di europeizzazione del diritto o, se si preferisce, di integrazione europea. In questo senso è stato osservato che nei paesi c.d. di *common law* è sempre maggiore l'affermazione del principio della *lex scripta*. Sul punto v. A. CADOPPI, *Civil law o common law: contrapposizione sistemica o culturale?* in S. CANESTRARI-L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea: quali politiche criminali per quale Europa? Atti del convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola, Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002*, Milano, 2005, p. 107, il quale osserva al riguardo che «tutti i sistemi penali di *common law*, salvo quelli delle Isole britanniche e di due Stati australiani, sono codificati» e che – *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1181 – «in quasi tutti i sistemi di *common law* è ormai vietato alle Corti creare nuovi reati».

Sotto altro profilo, un'ulteriore particolarità del sistema UE – sul solco della CEDU⁴⁰⁵ e in linea con le moderne acquisizioni dell'ermeneutica giuridica⁴⁰⁶ – è da rinvenire nel riconoscimento del ruolo del formante giurisprudenziale nel delineare la norma penale (*rectius*: la base “legislativa” su cui svolgere il giudizio di calcolabilità e potere orientare liberamente le proprie scelte). Come meglio sarà trattato successivamente, infatti, nell'interpretare la disposizione legislativa, devono considerarsi gli sviluppi giurisprudenziali che ne chiariscono il contenuto precettivo; in questa sede giova solo segnalare che, analogamente alla Corte costituzionale italiana⁴⁰⁷, le Corti europee riconoscono il ruolo del formante giurisprudenziale nel settore punitivo-penale in quanto riconoscono spazi rilevanti al contributo giurisprudenziale in sede di interpretazione dei significanti e, conseguentemente, di attribuzione di determinatezza alla *lex scripta*.

Anche a livello europeo è dunque possibile registrare un *trend* specifico che prende le mosse dalla consapevolezza tanto ovvia quanto contestata che l'apporto giurisprudenziale non è mera “bocca della legge” e conduce a meglio garantire le esigenze sottese ai diversi corollari del principio di legalità dalla prospettiva del singolo individuo.

⁴⁰⁵ Sul punto v. P.V. DIJK-F.V. HOOF-A.V. RIJN-L. ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford, 2006, p. 653 e 654.

⁴⁰⁶ Nella dottrina penalistica, all'interno di una produzione scientifica sconfinata, v. A. PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, p. 436; G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 357; F. PALAZZO, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in *Diritto privato 2001-2002*, VII-VIII, *L'interpretazione e il giurista*, Padova, 2003, p. 507; F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2005, p. 20.

⁴⁰⁷ Al riguardo è opportuno segnalare la posizione della Corte costituzionale nella sentenza n. 364 del 1988 – paragrafo n. 18 –, secondo cui «Posto, dunque, che lo Stato adempia ai suoi doveri, che esista, cioè, per l'agente l'oggettiva possibilità di conoscere le leggi penali, residuano, tuttavia, ulteriori problemi. L'assoluta e illuministica certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito: la più certa delle leggi ha bisogno di letture ed interpretazioni sistematiche che (dato il rapidissimo succedersi di entrate in vigore di nuove leggi e di abrogazioni, espresse o tacite, di antiche disposizioni) rinviando, attraverso la mediazione dei c.d. destinatari della legge, ad ulteriori e seconde mediazioni. La completa, in tutte le sue forme, sicura interpretazione delle leggi penali ha, oggi, spesso bisogno di seconde, ulteriori mediazioni: quelle ad es. di tecnici, quanto più possibile qualificati, di organi dello Stato (soprattutto di quelli istituzionalmente destinati ad applicare le sanzioni per le violazioni delle norme, ecc.)». In dottrina, dalla prospettiva della Corte Costituzionale e sul contributo della giurisprudenza nel conferire determinatezza alle fattispecie penali v. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli-Roma, 2006, p. 49 e ss.

9.2. Il principio UE di determinatezza.

Nell'ordinamento UE vige il principio della *lex certa*, che attiene ai doveri e ai vincoli cui il legislatore (nel sistema sanzionatorio immediato UE), o i legislatori (nel sistema sanzionatorio mediato UE) devono attenersi nel formulare la norma punitiva ovvero penale; il contenuto del principio in questione sembra dunque coincidere in termini nazionali al “principio di precisione”⁴⁰⁸.

La garanzia sottesa al principio della *lex certa* è stata dapprima riconosciuta con riferimento al sistema sanzionatorio immediato di diritto amministrativo punitiva⁴⁰⁹, allorché la CGCE ha affermato che una «sanzione, anche se non avente carattere penale, non può essere inflitta se non si fonda su una base legale chiara e non ambigua»⁴¹⁰. Lo stesso è stato poi riconosciuto vigente anche con riferimento al sistema sanzionatorio mediato di diritto penale degli Stati membri in quanto la medesima CGCE ha affermato che «Il principio di legalità dei reati e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege* [...] implica [infatti] che la legge definisca chiaramente i reati e le pene che li reprimono»⁴¹¹.

Ma oltre a questo tradizionale e primo contenuto del principio di determinatezza – che incide egualmente sia sul piano delle fonti europee

⁴⁰⁸ Partendo dalla considerazione che le definizioni nel diritto possono essere considerate delle stipulazioni convenzionali, in dottrina appare indifferente l'uso dei termini «sufficiente determinatezza» o «tassatività»: cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2006, p. 67. In questa sede, invece, è preferibile svolgere una distinzione secondo cui per principio di precisione si intende quello che obbliga il legislatore a descrivere con la massima precisione il precetto e la sanzione e, cioè, le due componenti della struttura della norma penale: sul punto v. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 119 e ss.; sulla distinzione tra le nozioni di determinatezza e tassatività v. F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 3 e ss.

⁴⁰⁹ La CGCE ha riconosciuto il principio di “determinatezza” nei confronti del diritto comunitario primario e secondario; sul punto v. S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 176; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, p. 98.

⁴¹⁰ CGCE, 25 settembre 1984, C-17/83, *Konecke c/Balm*.

⁴¹¹ Così CGCE, 03 maggio 2007, C- 303/05, *Advocaten voor de Wereld*, richiamata da A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 117 e p. 127.

(dirette ovvero indirette) in materia penale che su quello delle leggi nazionali in funzione incriminatrice europea – all’interno del sistema UE ha trovato accoglimento una seconda dimensione del principio della *lex certa*; dimensione di ampiezza maggiore e che attiene al profilo della “determinatezza-conoscibilità” e della valorizzazione della libertà di autodeterminazione dell’individuo. A tal riguardo è stato infatti osservato che in ambito europeo «il senso stesso della legalità-determinatezza viene radicalmente mutato a favore della componente “universalistica” e “personalistica” e a detrimento di quella “politico-costituzionale”: insomma, non è più in gioco il primato della “legge” e del principio democratico ad essa soggiacente, bensì la libertà di autodeterminazione dell’individuo dinanzi ad un “diritto” che si realizza essenzialmente nel *dictum* del giudice»⁴¹².

Si è invero già sottolineato come in ambito UE al principio della *lex scripta* si accompagnano il riconoscimento del ruolo del formante giurisprudenziale, sicché la determinatezza della fattispecie non è questione che attenga esclusivamente al piano della *lex scripta*, ma che deve valutarsi anche in base alla prevedibilità delle concrete opzioni giudiziarie⁴¹³. È ben vero che l’affermazione potrebbe sembrare fuorviante nella misura in cui indirizza il discorso sul piano della colpevolezza, e tuttavia le considerazioni sopra svolte, a ben guardare, attengono all’ambito del principio di legalità poiché «il principio di colpevolezza... più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni stato di diritto»⁴¹⁴. La stretta correlazione tra legalità e colpevolezza è stata del resto riconosciuta anche dalla CGCE, che ha infatti affermato che il principio del *nullum crimen nulla pena sine lege* impone una «definizione

⁴¹² Così F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli-Roma, 2006, p. 73.

⁴¹³ Sono diverse, infatti, le sentenze della CGCE che, come avremo modo di esporre successivamente, dimostrano che in ambito UE la determinatezza di una fattispecie è da valutare in termini di conoscibilità tramite il parametro dell’interpretazione prevedibilmente ragionevole.

⁴¹⁴ Così Corte Costituzionale, sentenza n. 364 del 1998, paragrafo 8, pubblicata sia sulla *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, p. 700, con nota di D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*; sia in *Foro italiano*, 1988, I, p. 1385, con nota di G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*.

rigorosa e inequivocabile delle tipologie dei reati (*lex certa*), talché i cittadini, sulla base di tale definizione e, all'occorrenza, con l'ausilio dei tribunali, siano in grado di prevedere le azioni e le omissioni che li compromettono penalmente»⁴¹⁵. In questa prospettiva, quindi, la determinatezza non è competenza esclusiva del legislatore perché si ha piena consapevolezza che, sulla falsariga dell'ordinamento nazionale⁴¹⁶, la giurisprudenza può concorrere, anche in larga misura, a conferire determinatezza alla *lex scripta*⁴¹⁷; del resto, l'esigenza primaria sottesa al principio di determinatezza non è identificabile in una esigenza di garanzia, ma di certezza⁴¹⁸.

Nella prospettiva dalla CEDU e della CGCE, dunque, la determinatezza di una fattispecie deve intendersi sia come vincolo verso i/i legislatore/i, sia come diritto dell'individuo ad essere assoggettato alla sanzione penale solo qualora la concreta opzione giudiziale sia ragionevolmente prevedibile.

⁴¹⁵ CGCE, 03 maggio 2007, C- 303/05, *Advocaten voor de Wereld*, richiamata da A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 127

⁴¹⁶ Nell'ordinamento nazionale sono infatti solo cinque le disposizioni che sono state dichiarate incostituzionali per carenza di determinatezza; tutte le altre volte in cui è stata sollevata una questione di incostituzionalità per presunta indeterminatezza è stata dichiarata la costituzionalità della disposizione tramite il ricorso al diritto di fonte giurisprudenziale. Al riguardo v. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli-Roma, 2006, p. 64 e ss., che, analizzando lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale, registra un «mutamento di prospettiva» del giudizio di determinatezza: da un «piano essenzialmente linguistico» a quello «dell'interpretazione e dei suoi risultati conoscitivi»; l'A., infatti, afferma che l'orientamento della Corte è nel senso che «non si tratta più tanto di ricordare e raccomandare dei criteri interpretativi, ma di verificare la plausibilità di un certo risultato interpretativo costituente il significato di quella disposizione».

⁴¹⁷ Sul punto v. F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 1193; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della cassazione*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 239.

⁴¹⁸ Questa sembra la posizione di F. BRICOLA, *Art. 25, II e III comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, p. 231, nella misura in cui afferma che «il fondamento della riserva assoluta di legge non va identificato in quell'esigenza di certezza che sta, viceversa, alla base degli altri due profili della norma costituzionale».

9.3. Il principio UE di tassatività.

Il passaggio dal piano della determinatezza a quello della tassatività in ambito europeo presenta qualche problematica che può essere foriera di vizi prospettici, fraintendimenti o discorsi fuorvianti. Poco sopra, si è infatti affermato che in ambito UE la giurisprudenza concorre a conferire determinatezza ai precetti e che ciò è funzionale alla garanzia del cittadino di poter svolgere un giudizio di prevedibilità della concreta applicazione giudiziale; adesso, invece, occorre valutare i limiti dei giudici in sede di interpretazione all'interno del proprio ordinamento di appartenenza.

Orbene, la CGCE ha fatto proprio anche il corollario della legalità che vieta ai giudici di applicare le disposizioni oltre ai casi da queste espressamente preveduti. In altri termini, considerato che i sistemi sanzionatori UE hanno dimostrato preferenza per l'utilizzo della *lex scripta* – nei termini sopra precisati – al fine di individuare la *regula iuris* da applicare al caso concreto, si è avvertita la necessità di stabilire dei limiti per i giudici nell'attribuire significati ai significanti; in breve, ed adottando la terminologia della scienza penalistica nazionale, l'ordinamento UE riconosce l'esigenza di “tassatività”⁴¹⁹.

Anche alla luce delle considerazioni sopra svolte, ciò tuttavia non esclude che la giurisprudenza possa chiarire le norme sulla responsabilità penale di un soggetto. Al riguardo, anche la CGCE afferma che il principio di legalità «non può essere inteso come un divieto di graduale chiarimento delle norme sulla responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziale»⁴²⁰. Tale assunto, del resto, rispecchia l'elaborazione giurisprudenziale maturata sul punto dalla Corte EDU che – in veste di fonte in materia di diritti fondamentali per l'UE – ammette e tollera forme di interpretazione estensiva allorquando queste risultino ragionevolmente prevedibili, e cioè solo nei casi in cui si tratti di *interpretazioni estensive*

⁴¹⁹ Sul punto v. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 167 e ss.

⁴²⁰ Sentenza del Tribunale, 8 luglio 2008, *AC-Treuhand AG*, C-T-99/04 punto 142, richiamata da A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 123 e p. 124.

*storicamente prevedibili*⁴²¹.

Tali considerazioni, di ordine generale e teorico, sulla valenza del principio di tassatività in ambito europeo sono comuni ad entrambi i sistemi sanzionatori UE ancorché dal punto di vista pratico sia possibile cogliere notevoli differenze e cioè una diversa applicazione del principio di tassatività a seconda che si tratti del sistema sanzionatorio immediato UE ovvero di quello mediato.

Da un punto di vista pratico applicativo, infatti, è possibile osservare che mentre il divieto di analogia *in malam partem* è riconosciuto in modo sostanzialmente analogo sia per l'illecito minore⁴²² che per l'illecito maggiore UE⁴²³, altrettanto non può dirsi per i limiti che incontra

⁴²¹ Un'attenta analisi della giurisprudenza CEDU rivela che «in taluni casi gli organi di Strasburgo [nonostante impongano la non applicazione estensiva o analogica della legge penale a detrimento dell'imputato] si siano dimostrati alquanto tolleranti rispetto alla dilatazione in via interpretativa dell'ambito applicativo della norma incriminatrice [...] due forme di interpretazione estensiva sembrerebbero ammesse dai giudici "europei" in quanto "ragionevoli e prevedibili". Si allude ai casi di interpretazione estensiva in linea con una precedente, omogenea prassi interpretativa a carattere estensivo, nonché ai casi in cui l'ampliamento in via interpretativa della fattispecie, ancorché contrastante con una precedente giurisprudenza a carattere restrittivo, si giustifichi in virtù del mutamento delle condizioni socio-culturali, e costituisca dunque una evoluzione giudiziale per così dire fisiologica»: così A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art.7)*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* Padova, 2001, p. 284. L'A. dimostra come la legalità di cui all'art. 7 CEDU, al fine di garantire l'effettiva conoscibilità dei fatti vietati, utilizza due corollari: l'accessibilità e la prevedibilità della norma penale. Prevedibilità risultante dai due ulteriori sottoprincipi della determinatezza della norma incriminatrice e dell'interpretazione ragionevole della norma penale. In conclusione, quindi, in ambito CEDU è possibile affermare che l'interpretazione ragionevole della norma penale è quella restrittiva, tuttavia si ammettono interpretazioni ragionevoli della norma penale a contenuto estensivo, vale a dire «interpretazioni estensive storicamente prevedibili». Per la possibilità di conoscenza delle fattispecie penali al fine di prevedere le conseguenze sanzionatorie, come «genesi» e «precipuo motivo fondante» del *nullum crimen sine lege* in relazione anche alla giurisprudenza CEDU v. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, pp. 69-70. In argomento, ma dalla prospettiva meramente nazionale v. S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, da p. 83 a p. 86.

⁴²² Sul punto v. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, p. 97; A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, p. 211; K. TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993, p. 223.

⁴²³ Sul punto v. A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 14; cfr. anche l'ampia giurisprudenza richiamata sul punto da A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e*

l'interpretazione delle basi legislative dei due sistemi sanzionatori. Più in particolare, dal quadro complessivo emerge che l'interpretazione estensiva, lecita nel sistema immediato di diritto amministrativo punitivo, costituisce invece un'operazione illecita nel sistema mediato di diritto penale degli Stati membri, esclusivamente fondato su un'interpretazione di tipo restrittivo.

Ciò perché nell'ambito del c.d. illecito minore UE, sulla falsariga delle diminuzioni delle garanzie costituzionali riconosciute al livello nazionale⁴²⁴, è possibile ravvisare una affievolimento delle garanzie che accompagnano l'applicazione della sanzione.

All'interno del sistema sanzionatorio immediato di diritto amministrativo punitivo, infatti, la CGCE perviene al risultato pratico per cui «imprese coinvolte *in un procedimento amministrativo* “devono tenere conto della possibilità che, in qualsiasi momento, la Commissione decida autonomamente il livello delle ammende rispetto a quello applicato in passato”»⁴²⁵. Se dunque nel sistema sanzionatorio immediato di diritto amministrativo punitivo, si consente un'interpretazione sostanzialmente estensiva delle basi legislative europee, viceversa, nel sistema sanzionatorio mediato di diritto penale degli Stati membri la CGCE pone un obbligo di interpretazione restrittiva nell'interazione tra fonti europee e fonti nazionali.

La stessa ha infatti precisato che «per quanto riguarda [...] un caso [...] che verte sull'estensione della responsabilità penale risultante da una legge adottata in particolare per trasporre una direttiva, occorre precisare che il principio che ordina di non applicare la legge penale in modo estensivo a discapito dell'imputato, che è il corollario del principio della

nuove strategie di integrazione penale, Milano, 2008, p. 125.

⁴²⁴ Anche nell'ordinamento costituzionale nazionale il sistema sanzionatorio di diritto amministrativo punitivo sembra accompagnato da minori garanzie. L'esigenza di tassatività del diritto penale all'interno della Costituzione è ricavata infatti da un'interpretazione sistematica del disposto costituzionale che, non essendo limitata all'art. 25 della Costituzione, ma riguardando anche l'art. 13 della Costituzione, offre maggiori garanzie rispetto al sistema sanzionatorio di diritto amministrativo punitivo che, invece, appare estraneo sia all'art. 25 che all'art. 13 della Costituzione. Sul collegamento sistematico tra l'art. 25 e l'art. 13 della Costituzione e sull'esigenza di tassatività nel diritto penale, v. F. BRICOLA, *Art. 25, II e III comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, p. 256 e ss.

⁴²⁵ Così A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 51, il quale richiama la sentenza della CGCE, 28 giugno 2005, nei procedimenti riuniti C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P, C-213/02, *Dansk Rørindustri/Commissione* in materia di concorrenza e a cui si rimanda per indicazioni giurisprudenziali maturate dalla CGCE all'interno del sistema sanzionatorio immediato accentratore.

previsione legale dei reati e delle pene, e più in generale del principio di certezza del diritto, *osta a che siano intentati procedimenti penali a seguito di un comportamento il cui carattere censurabile non risulti in modo evidente dalla legge*»⁴²⁶

Detto in altri termini, il giudice nazionale non potrà *estendere* l'ambito di applicazione di una fattispecie nazionale, volta, cioè a fondare, aggravare o estendere la diminuzione della libertà personale di un individuo, tramite una interpretazione di senso UE conforme⁴²⁷. A tal riguardo, si è peraltro evidenziato in dottrina che i limiti che incontra l'attività ermeneutica del giudice rivestono carattere meramente nazionale, nel senso che è a questa dimensione originaria che devono restare circoscritti perché riguardano un conflitto tra il potere legislativo e il potere giudiziario *dello Stato*⁴²⁸.

9.4. Il principio UE di irretroattività sfavorevole.

Il principio di irretroattività della legge sfavorevole, in quanto «principio tendenzialmente universale»⁴²⁹, è valido sia con riferimento all'illecito minore (di cui al sistema sanzionatorio immediato di diritto amministrativo punitivo) che all'illecito maggiore EU (di cui al sistema mediato di diritto penale), poiché la CGCE ha importato nell'ordinamento

⁴²⁶ CGCE, 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, *Procedimenti penali c. X*, punto 25.

⁴²⁷ Riguardo all'obbligo di interpretazione restrittiva nel – vecchio ordinamento comunitario oggi – UE v. A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 14; v. anche i contributi di R. SICURELLA, “*Eppur si muove!*”: alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione europea, e di A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, rispettivamente p. 225 e p. 125.

⁴²⁸ Così V. MANES, *L'incidenza delle «decisioni-quadro» sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 1158.

⁴²⁹ F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli-Roma, 2006, p. 52, il quale afferma che il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole «sembra, infatti, vantare una sorta di immutabilità e di generale riconoscimento in tempi e in luoghi diversi». In quest'ultima direzione v. A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in G. INSOLERA-N. MAZZACUVA-M. PAVARINI-M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino, 2006, p. 180.

sopranazionale il principio già individuato in ambito CEDU e lo ha riconosciuto valido in entrambi i predetti sistemi sanzionatori⁴³⁰. Al riguardo è opportuno ricordare che tale principio è stato espressamente previsto tra i «Principi generali» della regolamentazione del potere punitivo comunitario (prevista dall'art. 2 del regolamento n. 2988 del 1995 disciplinante il sistema sanzionatorio immediato di diritto amministrativo punitivo dell'attuale UE), sebbene, in questo sistema sanzionatorio, sia possibile ravvisare una violazione – a nostro avviso palese – del principio di irretroattività sfavorevole. In questo senso, infatti, va ricordato quanto precedentemente esposto – sempre riguardo al sistema sanzionatorio immediato UE – nel trattare del principio UE di tassatività; in particolare, che «in un procedimento amministrativo i destinatari “devono tener conto della possibilità che, in qualsiasi momento, la Commissione decida di aumentare il livello delle ammende rispetto a quello applicato in passato” anche a causa del mutamento “di norme di portata generale, quali gli orientamenti”»⁴³¹. In breve, nel sistema sanzionatorio immediato accentratore – sebbene in quello decentrato sia solennemente riconosciuto con il regolamento 2988 del 1995 il divieto di irretroattività sfavorevole, sembrano ammesse deroghe al principio, ancorché con limitato riferimento ai profili sanzionatori: se la previsione dell'illecito deve essere sempre anteriore alla commissione del fatto affinché questo sia punibile, è tuttavia astrattamente possibile che il conseguente trattamento sanzionatorio sia inasprito con valenza retroattiva.

Riguardo a tale diversa lettura del principio di tassatività e di irretroattività nei due sistemi sanzionatori immediati UE appare dunque cogliere il vero, a fronte dell'inevitabile violazione del principio di irretroattività sfavorevole⁴³², chi afferma che la CGCE, «anche quando tratta

⁴³⁰ Cfr. sul punto la giurisprudenza richiamata da A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, 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*, Milano, 2008, p. 123 e p. 124.

⁴³¹ Così A. BERNARDI, *All'indomani del Trattato di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 51, il quale richiama la sentenza della CGCE, 28 giugno 2005, nei procedimenti riuniti C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P, C-213/02, *Dansk Rørindustri/Commissione*.

⁴³² Cfr. CGCE 8 febbraio 2007, *Gruppo Danone c. Commissione*, punti 90/91 in cui si è possibile leggere «risulta dalla giurisprudenza della Corte che il fatto che la Commissione,

i diritti fondamentali, è più condizionata dalle esigenze dell'economia e del mercato di quanto non lo sia la Corte Costituzionale italiana»⁴³³; sul punto avremo modo di tornare successivamente.

Ciò posto, e concentrando da adesso l'attenzione sul solo sistema sanzionatorio mediato di diritto penale degli Stati membri, è anche il caso di evidenziare che il principio di irretroattività sfavorevole è stato riconosciuto da più di un ventennio per tutti i casi di interazione tra la legge penale nazionale e l'ordinamento sopranazionale⁴³⁴.

Svolte quindi queste osservazioni – riguardanti all'ambito di applicazione del principio di irretroattività della legge sfavorevole all'interno dei sistemi sanzionatori UE –, s'impone un'ulteriore e centrale precisazione che attiene all'"ampiezza" di tale divieto.

Ed invero, essa ha una portata più ampia di quanto si potrebbe immaginare a prima vista, in quanto in ambito europeo – sia CEDU che UE – il principio d'irretroattività della legge penale sfavorevole è inteso anche come principio di irretroattività del "diritto penale giurisprudenziale" sfavorevole. Per questo motivo, dunque è stato evidenziato che il classico brocardo latino del *nullum crimen sine lege* suona piuttosto come *nullum crimen sine iura*⁴³⁵.

in passato, ha inflitto ammende di un certo livello per determinati tipi di infrazione non significa che essa non è legittimata a innalzare tale livello entro i limiti indicati nel regolamento n. 17, se ciò è necessario per garantire l'attuazione della politica comunitaria della concorrenza, ma che, al contrario, la corretta applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza implica che la Commissione può adattare in qualsiasi momento il livello delle ammende alle esigenze di questa politica (v. sentenza Dansk Rørindustri e a. / Commissione, punto 227). Le imprese coinvolte in un procedimento amministrativo in cui possono essere inflitte ammende non possono quindi acquisire un legittimo affidamento che un particolare metodo di calcolo delle ammende saranno utilizzate (v., in tal senso, sentenza Dansk Rørindustri e a. / Commissione, punto 228).

⁴³³ L'osservazione è di S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 18.

⁴³⁴ Cfr. CGCE, 10 luglio 1984, C-63/83, *Kirk*, la cui massima, al punto n. 3, statuisce che «Il principio dell'irretroattività delle disposizioni penali è un principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, sancito dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali come un diritto fondamentale, che fa parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte deve garantire l'osservanza».

⁴³⁵ L'osservazione è di S. RIONDATO, *Legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni novità dal Corpus juris 2000*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2000, p. 967 e ss.; cfr., inoltre, S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 171; sul punto v. anche i rilievi di A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art.7)*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 252 e p.

Più in particolare, la CGCE – che, come evidenziato, è orientata a concentrare sulla *lex scripta* la produzione della *regula iuris* – ha accolto i criteri CEDU secondo cui il divieto di irretroattività sfavorevole deve estendersi dalla legge al diritto, in quanto si è mostrata consapevole dell'ineliminabilità del ruolo del formante giurisprudenziale che – anche in questo settore del diritto – resta entro limiti fisiologici nella misura in cui porti a sviluppi “storicamente ragionevolmente prevedibili”.

Ciò significa che tanto la CEDU quanto la CGCE hanno esteso l'area di operatività del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole anche alle ipotesi di interpretazione giurisprudenziale sfavorevole riconoscendo la violazione del principio in questione nei casi di *interpretazioni estensive storicamente imprevedibili*; detto *a contrario*, l'interpretazione estensiva ragionevolmente prevedibile (*rectius*: interpretazione estensiva storicamente prevedibile) è lecita e non viola il principio di irretroattività sfavorevole.

Anche la CGCE infatti, sulla scia della Corte EDU, riconosce che il mutamento giurisprudenziale *in malam partem* che non fosse “storicamente ragionevolmente prevedibile” rappresenti una ipotesi di “retroattività occulta”⁴³⁶, come tale assoggettato al generale divieto di irretroattività sfavorevole⁴³⁷.

Nella prospettiva della CEDU e della CGCE, quindi, la partita dell'irretroattività sfavorevole non sembra giocarsi tanto nella campo

281; A. BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e le nuove interpretazioni giurisprudenziali “imprevedibili”: una “nuova frontiera” del processo di “europeizzazione” del diritto penale*, in *Cassazione Penale*, 2007, p. 2202 e ss.

⁴³⁶ La terminologia è presa in prestito da A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, p. 118.

⁴³⁷ Cfr., CGCE 8 febbraio 2007, *Gruppo Danone c. Commissione*, punti 87/91: «Si deve ricordare, anzitutto, che il principio che le disposizioni penali non possono avere effetto retroattivo è quello che è comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e costituisce parte integrante dei principi generali del diritto la cui osservanza è garantita dal giudice comunitario (v. sentenza 63/83 Kirk [1984] ECR 2689, punto 22). In particolare, l'articolo 7 (1) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, che sancisce in particolare il principio che i reati e le pene devono essere indicati tassativamente dalla legge (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), può precludere l'applicazione retroattiva di una nuova interpretazione di una norma che istituisce un reato (v., in tal senso, sentenza Dansk Rørindustri e a. / Commissione, punto 217). Ciò è particolarmente vero di una interpretazione giurisprudenziale che produce un risultato che non era ragionevolmente prevedibile al momento in cui il reato è stato commesso, in particolare alla luce della interpretazione sulla disposizione contenuta nella giurisprudenza all'epoca dei fatti (vedi Dansk Rørindustri e a. / Commissione, punto 218)».

linguistico letterale dei precetti, quanto piuttosto su quello della *law in action*; in questo modo, per distinguere le ipotesi di violazione del divieto di irretroattività sfavorevole da lecite operazioni ermeneutiche, diviene fondamentale il distinguo tra interpretazione prevedibile e interpretazione imprevedibile⁴³⁸. Tale distinguo è infatti di cruciale importanza per due aspetti: innanzitutto, perché da qui passano garanzie fondamentali per l'individuo, in quanto si definiscono chiaramente i doveri statuali attinenti al rapporto Stato-Cittadino e si individuano limiti precisi sia per il legislatore che per la giurisprudenza; in secondo luogo, perché essa sostanzialmente rappresenta la trasposizione sul piano europeo del "principio di riconoscibilità dell'illecito" elaborato nella celebre sentenza n. 364 del 1988 dalla Corte Costituzionale⁴³⁹. In breve, si tratta di questioni da cui dipende sia la *qualità* del rapporto fra i consociati e l'ordinamento giuridico che la *quantità* di concezione liberale del diritto penale.

Sotto altro profilo è interessante osservare che in ambito europeo (CGCE/CEDU), considerato che una fattispecie è determinata quando il soggetto può prevedere sia in base al *fatto tipico legale* che al *fatto tipico ermeneutico*⁴⁴⁰ la conseguenza delle proprie azioni, il principio di irretroattività sfavorevole assume anche un'elevata attitudine di matrice garantista rispetto alle evoluzioni o ai mutamenti giurisprudenziali. Se infatti questi ultimi sono in grado di alterare *ex post* i termini del "giudizio di calcolabilità"⁴⁴¹ delle conseguenze giuridico-penali delle condotte in

⁴³⁸ Più nel dettaglio, come precedentemente esposto sono ammesse due forme di interpretazione estensiva lecita in quanto "ragionevoli e prevedibili"; sul punto v. A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art.7)*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 259 e ss. già precedentemente richiamato sul punto.

⁴³⁹ Al cui paragrafo 17 è possibile leggere che «la conformità dell'apparenza all'effettivo contenuto della norma penale dev'essere assicurata dallo Stato che è tenuto a favorire, al massimo, la riconoscibilità sociale dell'effettivo contenuto precettivo delle norme»; in dottrina, sulla riconoscibilità del precetto v. D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, pp. 692, 697 e 717; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, p. 57 e ss.

⁴⁴⁰ Per tale terminologia v. G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 357, secondo cui «il singolo tipo legale, cioè ogni singola figura criminosa si plasma, concretizza e specifica secondo lineamenti che sono anche influenzati dalla reale fenomenologia criminosa che viene di volta in volta in questione. Al fatto tipico in senso puramente legale si affianca, così, un fatto tipico in senso ermeneutico che costituisce il riflesso il risultato».

⁴⁴¹ Il giudizio di calcolabilità è conosciuto nell'ordinamento interno e tendenzialmente è

modo non storicamente ragionevolmente prevedibile, allora il divieto di irretroattività dovrà dirsi violato, perché l'impossibilità di conoscere il precetto, a causa di un'evoluzione o di un mutamento giurisprudenziale, è incompatibile con la responsabilità punitiva e penale (essendosi già posto in luce che detto principio opera con riferimento ad entrambi i sistemi di tutela a disposizione dell'UE).

Concludendo, questa sembra la strada individuata a livello europeo per assicurare al meglio la garanzia (*rectius*: il diritto fondamentale) dell'individuo di non potere essere punito senza essere preventivamente informato su ciò che è oggetto di divieto o di comando. In definitiva anche nell'ordinamento EU, sulla falsariga di quanto avviene nell'ordinamento italiano⁴⁴², è il principio di irretroattività in combinato disposto con il principio di tassatività della legge penale a soddisfare l'esigenza di certezza; di garantire quindi la libertà personale dell'individuo tramite il riconoscimento del diritto/libertà di potere orientare consapevolmente le proprie scelte d'azione o di omissione.

9.4.1. Il principio UE di retroattività favorevole.

Quanto infine al principio di retroattività della legge penale favorevole esso è già da tempo positivamente sancito a livello europeo nell'ambito del sistema immediato di diritto amministrativo punitivo⁴⁴³; più

inquadrato sul piano della colpevolezza, ma ciò non toglie che anche all'interno dell'ordinamento nazionale si riconosce la connessione con il piano della legalità: cfr. al riguardo la sentenza della Corte Costituzionale n. 322 del 2007 – in materia di ignoranza dell'età della persona offesa da reati sessuali commessi in danno di minori di anni quattordici – secondo cui «il principio di colpevolezza partecipa, in specie, di una finalità comune a quelli di legalità e di irretroattività della legge penale (art. 25, secondo comma, Cost.): esso mira, cioè, a garantire ai consociati libere scelte d'azione (sentenza n. 364 del 1988), sulla base di una valutazione anticipata (“calcolabilità”) delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta; “calcolabilità” che verrebbe meno ove all'agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili».

⁴⁴² Nella sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, al paragrafo 16, è infatti possibile leggere chiaramente che «I principi di tassatività e d'irretroattività delle norme penali incriminatrici, nell'aggiungere altri contenuti al sistema delle fonti delle norme penali, evidenziano che il legislatore costituzionale intende garantire i cittadini, attraverso la possibilità di conoscenza delle stesse norme, la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione».

⁴⁴³ Cfr. art. 2 comma 2 seconda parte del regolamento n. 2988 del 1995, secondo cui «In caso di successiva modifica delle disposizioni relative a sanzioni amministrative contenute in una normativa comunitaria si applicano retroattivamente le disposizioni meno rigorose».

di recente inoltre – a seguito dell’emanazione della Carta di Nizza, che appunto lo prevede espressamente⁴⁴⁴ – lo stesso è stato riconosciuto dalla CGCE⁴⁴⁵ quale principio avente valenza generale. Al riguardo è inoltre interessante notare che, a seguito del riconoscimento della CGCE, anche la Corte EDU ha riconosciuto il principio della retroattività della legge penale più favorevole⁴⁴⁶, sebbene questo non sia previsto dalla lettera dell’art. 7 CEDU. Nello stesso senso, del resto, si è mossa anche la stessa Corte costituzionale italiana⁴⁴⁷.

9.5. Conclusioni.

Alla luce di quanto fin qui esposto può dunque affermarsi che, nell’ordinamento UE il principio di legalità e i suoi corollari si atteggiavano quali diritti fondamentali del cittadino europeo nello Spazio comune di Sicurezza, Libertà e Giustizia. Ed invero, come è stato efficacemente osservato la sovrapposizione degli ordinamenti nazionali ed europei (o, se si preferisce, la struttura multilivello), riflettono «la condizione peculiare del cittadino europeo, che è portatore non di una monolitica identità, ma di identità molteplici, corrispondenti ai differenti aggregati sociali cui appartiene»⁴⁴⁸. Più in particolare, si è tentato di dimostrare l’esistenza non

In dottrina v. G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale, I rapporti tra ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, 1989, Milano, p. 96.

⁴⁴⁴ L’osservazione è di A. BERNARDI, *All’indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 55, il quale pone in evidenza che tale corollario oltre a non potere essere richiamato né tramite la CEDU né tramite la giurisprudenza prodotta dalla sua Corte, non può neanche essere richiamato, salvo il riferimento al criterio del “maximum standards”, tramite il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni; sul punto v. anche V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 1617.

⁴⁴⁵ Il riferimento è alla sentenza CGCE, 3 maggio 2005, *Berlusconi e altri*, cause riunite C-381/02, C-391/02 e C-403/02.

⁴⁴⁶ Grand Chamber, judgment 17 september 2009, case of *Scoppola v. Italy*, (Application no. 10249/03), reperibile sull’URL <http://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=800>

⁴⁴⁷ Corte costituzionale sentenze n. 394 e 396 del 2009. Sul punto v. V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 1614 e ss.

⁴⁴⁸ Così P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e la “tradizioni costituzionali comuni” degli Stati membri*, in S.P. PANUNZIO-E. SCISO (a cura di), *Le riforme costituzionali e la partecipazione dell’Italia all’Unione Europea*, Milano 2002, p. 89, richiamato da S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S.P.

già di un principio di legalità europeo *tout court*, ma di un principio di legalità punitiva e di un ulteriore principio di legalità penale. In questo senso è possibile osservare che i differenti principi di legalità (amministrativa e penale europea) hanno infatti plasmato e strutturato in modo diverso i rispettivi sistemi sanzionatori (immediato e mediato a disposizione dell'UE), in quanto la legalità del sistema sanzionatorio immediato UE vive solo dentro l'ordinamento UE visto che le fasi della formazione, formulazione, interpretazione e applicazione delle norme sono tutte di matrice esclusivamente europea. Viceversa, nel sistema sanzionatorio mediato UE, le fasi della formazione e della formulazione sono di competenza concorrente tra l'ente sopranazionale UE e lo Stato membro, mentre quelle dell'interpretazione e dell'applicazione hanno rilevanza pratica solamente all'interno dei confini nazionali perché a diretto contatto con la libertà personale.

**IL PRINCIPIO EURO-COSTITUZIONALE DI LEGALITÀ A FAVORE DEI CITTADINI EUROPEI NELLO SPAZIO
COMUNE DI LIBERTÀ SICUREZZA E GIUSTIZIA.**

PARTE II

LA PROSPETTIVA NAZIONALE

CAPITOLO DECIMO

IL PRINCIPIO EURO-COSTITUZIONALE DI LEGALITÀ DEI CITTADINI UE NELLO SPAZIO COMUNE DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA E L'INTEGRAZIONE CON LA LEGGE PENALE NAZIONALE.

10.0. Premessa. – 10.1. Sovranità nazionale in materia penale e libertà personale. – 10.2. Il principio di legalità penale. – 10.3. L'integrazione UE sulla fase della formazione della manifestazione legislativa. – 10.3.1. *Il piano formale dell'astratta titolarità di competenza penale.* – 10.3.2. *Il piano sostanziale delle garanzie.* – 10.3.3. *Il piano pratico.* – 10.4. Cenni riguardo al sistema immediato di diritto amministrativo punitivo. – 10.5. L'integrazione UE sulla fase della formulazione dell'atto/fonte. – 10.5.1. *Il fenomeno della formulazione contrattata tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento UE.* – 10.6. L'integrazione UE sulla fase dell'interpretazione della legge penale nazionale. – 10.6.1. *L'interpretazione storicamente ragionevolmente prevedibile in senso giuridico.* – 10.6.2. *L'interpretazione storicamente ragionevolmente prevedibile in senso socio-culturale.* – 10.7. L'integrazione UE sulla fase dell'applicazione della legge penale nel tempo. – 10.7.1. *Premessa.* – 10.7.2. *L'irretroattività sfavorevole e il diritto penale giurisprudenziale.* – 10.7.3. *L'irretroattività sfavorevole e il diritto punitivo.* – 10.7.4. *Principio d'irretroattività delle pene.*

10.0. Premessa.

Alla luce di quanto esposto nella parte I, analizzando lo sviluppo dell'ente sopranazionale dai Trattati istitutivi all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, appare chiaro che l'UE non possa più essere considerata come un ente sopranazionale *tout court*, in quanto è stata trasformata in uno Spazio comune di Libertà, Sicurezza e Giustizia in cui sono emersi sia un sistema di tutela dei diritti fondamentali sia due sistemi sanzionatori: in capo al cittadino europeo all'interno dello Spazio comune è infatti possibile ravvisare diverse situazioni giuridiche soggettive (attive e passive) di matrice europea tra cui rientra anche il principio euro-costituzionale di

legalità punitiva e penale.

Si è inoltre già evidenziato che il sistema sanzionatorio mediato UE di diritto penale si è progressivamente sempre di più integrato con il sistema penale nazionale; assume allora primario rilievo valutare in che modo esso ed il suo stesso cardine – e cioè il principio eurocostituzionale di legalità penale – si siano integrati con l'analogo principio ed i suoi corollari nazionali. Si cercherà dunque adesso di verificare in che termini l'integrazione UE abbia interessato la legge penale e il principio di legalità penale nazionale; più in particolare, in questo capitolo si cercherà di mettere a fuoco l'integrazione UE sulla legge penale nazionale e specificatamente quali e quante siano state le ricadute dell'adesione italiana all'odierna UE sulle fasi della *formazione, formulazione, interpretazione e applicazione* della manifestazione legislativa impressa nella legge penale nazionale⁴⁴⁹. E tuttavia, prima di procedere con l'ordine d'esposizione adesso individuato, appare opportuno preliminarmente richiamare l'attenzione da un lato sulla relazione che avvince la *sovranità nazionale in materia penale* con la *libertà personale* dei singoli e, dall'altro lato, sul principio di legalità penale nazionale in generale, al dichiarato intento di anticipare che – ad avviso di chi scrive – se per un verso non è possibile un'alterazione del rapporto tra sovranità nazionale in materia penale e libertà personale dei singoli, per altro verso è tuttavia possibile una modifica della “forma di manifestazione” del principio di legalità in materia penale così come tradizionalmente inteso all'interno dei confini nazionali.

10.1. Sovranità nazionale in materia penale e libertà personale.

La relazione tra sovranità nazionale e la libertà personale è conosciuta in ambito penalistico, anche all'esterno dei confini nazionali⁴⁵⁰, come “principio di legalità penale”; quest'ultimo assolve infatti al compito

⁴⁴⁹ La quadripartizione sopra proposta è mutuata da F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Digesto discipline penali*, vol. VII, Torino, 1993, p. 338 ss.

⁴⁵⁰ Cfr. al riguardo G. FORNASARI-A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2008; per un'analisi del principio di legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale v. M. CAIANIELLO-E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto delle Corte Penale Internazionale*, in *Indice penale*, 2002, p. 307 e ss.

di racchiudere in sé quel novero di garanzie – riconosciute a livello costituzionale – affinché lo Stato possa restringere la libertà personale dei singoli⁴⁵¹.

Al riguardo giova precisare innanzitutto che in questo ambito il contenuto della locuzione “sovranità nazionale in materia penale” assume un proprio e peculiare significato rispetto al comune concetto di sovranità nazionale⁴⁵².

La sovranità nazionale in materia penale ha infatti nobili e antiche origini, agli albori delle società moderne: quando «gli uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra, e di godere di una libertà resa inutile dall’incertezza di conservarla. Essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità. La somma di tutte queste porzioni di libertà, sacrificate al bene di ciascheduno, forma la sovranità di una nazione, ed il sovrano è il legittimo depositario ed amministratore di quelle»⁴⁵³. Da questa prospettiva e secondo questa ricostruzione, la sovranità in materia penale, in quanto deriva dall’originarietà del potere costituente, è quindi il solo legittimo fondamento alle restrizioni della libertà personale dei singoli consociati.

La libertà personale rappresenta invece il momento essenziale dei rapporti tra Stato e Cittadino, tra Autorità e Libertà: essa è infatti la prima libertà di carattere inviolabile proclamata dalla parte I («Diritti e doveri dei cittadini») Titolo I («Rapporti civili») della Costituzione, non solo da un punto di vista di topografia costituzionale, ma soprattutto nel senso che «precede e condiziona tutte le altre [libertà] rendendone possibile l’esplicazione»⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ Cfr. al riguardo F. BRICOLA, *Art. 25, II e III comma*, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna/Roma 1981, p. 233, secondo cui la riserva assoluta di legge, la tassatività e l’irretroattività della legge penale «hanno un denominatore comune rappresentato dalla garanzia del cittadino di fronte agli arbitri normativi dell’esecutivo, delle interpretazioni del potere giudiziario e dell’applicazione retroattiva delle leggi».

⁴⁵² Nel settore penale c’è infatti una «tirannia dei principi [...] rispetto al modo di costruire il sistema penale», così M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Digesto discipline penali*, Torino, 1999, p. 230.

⁴⁵³ Così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1964, p. 11, ovvero Capitolo II «Origine delle pene. Diritto di punire» prima pagina.

⁴⁵⁴ Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, Padova, p. 951; analogamente R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, p. 498, secondo i quali «il nucleo fondamentale della libertà personale è dunque la libertà fisica, la disponibilità della propria persona».

Chiarito il significato atomistico dei due “termini”, è adesso possibile analizzare meglio il rapporto tra la sovranità nazionale in materia penale e la libertà personale nell’ambito di quella visione contrattualistica del rapporto del singolo consociato con lo Stato nazionale che è condivisa dalla stessa Corte Costituzionale⁴⁵⁵: solo il “sovrano”, in quanto legittimo depositario delle singole quote di libertà personale, è il soggetto che può direttamente “amministrare” la libertà personale dei singoli; al riguardo, infatti, non appare superfluo ricordare l’insegnamento secondo cui «il potere normativo penale è espressione del potere sovrano»⁴⁵⁶.

Adesso, quello che qui si vuol sostenere è che se da un lato è possibile che cambi la forma di manifestazione del principio di legalità penale, dall’altro lato non è invece possibile che cambi il contenuto della sovranità in materia penale. Sebbene infatti il sistema penale delineato dalla Costituzione non sia il medesimo di quello delineato nel 1948, la libertà personale non può che essere ristretta direttamente dal potere sovrano tramite la legge nazionale. In questo senso, giova ricordare che l’UE è un ente con un proprio territorio e con una propria comunità (formata dai popoli europei), ma non è un soggetto sovrano nel senso che, non essendo un potere originario⁴⁵⁷, non è né il legittimo depositario né tanto meno l’amministratore delle singole porzioni di libertà personale cedute a livello nazionale dai singoli al fine di godere in tranquillità e in sicurezza la propria libertà personale.

L’assenza di sovranità in capo all’UE sembra del resto rispecchiare la chiave di lettura penalistica in base alla quale non soltanto è stata «tolta tutta la terminologia federalista» nel passaggio dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona⁴⁵⁸, ma è stata anche pronunciata la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla compatibilità del Trattato di Lisbona

⁴⁵⁵ Al riguardo non appare superfluo segnalare che «la concezione dei rapporti cittadino/Stato, così per la Consulta come per Beccaria, è quella *contrattualistica*. In tale cornice, sia per Beccaria che per la sentenza n. 364 del 1988, il cittadino offre allo Stato l’obbedienza alle sue leggi, *in primis* quelle penali, in cambio della “sicurezza giuridica”»: così A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, p. 61.

⁴⁵⁶ Così D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2007, p. 38.

⁴⁵⁷ Sottolinea questo aspetto G. FALCON, *Lineamenti diritto pubblico*, Padova, 2003, p. 189, affermando che «al livello comunitario non esiste un “potere costituente”, ma solo specifici “poteri costituiti” di comune accordo dai singoli Stati sovrani».

⁴⁵⁸ Così R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, p. 99.

con la Costituzione tedesca⁴⁵⁹.

Su queste premesse, dunque si rinvengono le argomentazioni di carattere sia teorico che tecnico in base alle quali l'UE è strutturalmente incompetente ad amministrare direttamente la libertà personale dei singoli. Più in particolare, il motivo teorico per cui l'UE non potrà giammai amministrare direttamente la libertà personale dei cittadini europei risiede nel fatto che questi ultimi sono prima ancora cittadini nazionali e che la loro libertà personale è qualificata «inviolabile» dalla Costituzione⁴⁶⁰: è allo Stato nazionale infatti che essi hanno conferito il potere di amministrare direttamente la propria libertà personale, in quanto potere costituente originario, come tale dotato di sovranità in materia penale.

Portando il discorso dal piano teorico a quello tecnico, la ragione per cui l'UE non potrebbe giammai incidere direttamente sulla libertà personale dei singoli è che ciò sarebbe idoneo ad azionare i controlimiti nazionali. L'assunto è giustificabile ove si rifletta meglio sul significato pratico dell'improbabile riconoscimento di una competenza penale *diretta* dell'UE e di effetti diretti espansivi sulla responsabilità penale dei singoli. Il riconoscimento di effetti diretti *in malam partem* e, quindi, di effetti diretti sia espansivi per la responsabilità penale che riduttivi per la libertà personale dei singoli apparirebbe infatti foriero di un intervento della Corte Costituzionale che lascerebbe presagire una declaratoria di incostituzionalità della legge di esecuzione del Trattato. Ed invero, la lettura che è stata data dell'art. 11 della Costituzione consente certamente limitazioni di sovranità anche in materia penale, ma solo se avvengano nel rispetto dei diritti fondamentali e delle libertà inviolabili garantiti dall'ordinamento costituzionale. Ciò vuol dire che eventuali limitazioni di sovranità nazionale *ex art. 11* della Costituzione possono avvenire solo se tutte le garanzie nazionali sono riprodotte all'interno del soggetto a cui si vorrebbe attribuire la competenza penale *diretta*⁴⁶¹; la riduzione diretta della libertà personale

⁴⁵⁹ Cfr. G. ABBADESSA, *Il bundesverfassungsgericht sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con la Costituzione tedesca*, in *jus17@unibo.it. Casi e materiali di diritto penale*, 2009, p. 331.

⁴⁶⁰ Il primo comma dell'art. 13 della Costituzione prevede infatti che «La libertà personale è inviolabile».

⁴⁶¹ Cfr. al riguardo G. GRASSO, *Diritto comunitario e diritto interno: profili penali*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della*

dei cittadini nazionali sarebbe quindi possibile solo ove il potere normativo penale dell'UE fosse espressione di un potere sovrano.

Ecco, a parere di chi scrive, la sovranità in materia penale, depositaria e legittima amministratrice della libertà personale dei singoli appartenenti alla propria comunità sul proprio territorio, non è trasferibile a soggetti terzi nel senso che non sembra possibile riconoscere all'UE il potere di assoggettare direttamente a sé la libertà personale dei singoli perché attributo originario, esclusivo e intrinseco della sovranità nazionale in materia penale⁴⁶².

Un simile riconoscimento comporterebbe infatti la violazione sia di un *diritto inviolabile*, qual è la libertà personale garantita dall'art. 13 della Costituzione, sia di un *principio fondamentale*, quale è il principio di riserva di legge statale⁴⁶³. Per questo il riconoscimento di effetti diretti espansivi della normativa UE sulla libertà personale dei singoli determinerebbe l'attivazione dei "controlimiti" nazionali al processo di integrazione europea, nel senso che dovrebbe dirsi incostituzionale la legge di esecuzione che comporti in capo all'ente sopranazionale un potere di violare sia *diritti inviolabili* (la libertà personale) che *principi fondamentali* (il principio della riserva di legge nazionale per restringere la libertà personale) garantiti dal nostro ordinamento costituzionale ai propri cittadini.

Si tenga inoltre presente che un improbabile riconoscimento del

Consulta, 20 Aprile 2007, Milano, 2008, p. 268, il quale riconosce che «L'art. 11 della Costituzione italiana consente delle limitazioni della sovranità e quindi un trasferimento di competenza anche in materia penale; si richiede però in termini generali che le limitazioni di sovranità avvengano nel rispetto delle scelte fondamentali caratterizzanti il sistema costituzionale».

⁴⁶² Recentemente nell'UE è stato previsto il Mandato di Arresto Europeo (decisione quadro del 13 giugno 2002, attuata in Italia con legge 22 aprile 2005) che si inserisce nel tradizionale solco della estradizione. Questo strumento europeo non deve tuttavia ingenerare equivoci. Il MAE è infatti un provvedimento giudiziario emesso dalla magistratura *di uno Stato membro dell'UE* e rappresenta una forma di cooperazione diretta tra le autorità giudiziarie *degli Stati membri*. Sul MAE v. J.A.E. VERVAELE (a cura di), *European evident warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Antwerpen-Oxford, 2005.

⁴⁶³ Al riguardo cfr. la sentenza 238 del 1996 della Corte Costituzionale secondo cui «L'art. 13 assoggetta ogni restrizione della libertà personale [...] ad una duplice garanzia: la riserva di legge [...] e la riserva di giurisdizione [...]; e così appronta una tutela che è centrale nel disegno costituzionale, avendo ad oggetto un diritto inviolabile, quello della libertà personale, rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona».

potere di amministrare direttamente la libertà personale dei singoli a favore dell'UE porrebbe il cittadino italiano (e la sua libertà personale) in rapporto di soggezione diretta rispetto al diritto europeo e avrebbe l'ulteriore effetto – dirompente – di alterare incidentalmente tutte le altre garanzie che derivano dalla Costituzione e che concorrono a delineare il “volto costituzionale” dell'illecito penale.

Cercando di sintetizzare quanto adesso esposto, il diritto UE è sovraordinato rispetto al diritto penale al pari di tutti gli altri settori dell'ordinamento giuridico nazionale, ma la diminuzione della libertà personale dei singoli – perché essenza stessa inscindibile ed esclusiva della sovranità nazionale in materia penale – può fondarsi solo sulla legge nazionale quale espressione del potere sovrano. La relazione tra Stato e libertà personale dei cittadini è quindi una relazione biunivoca, nel senso che niente e nessuno può ingerirsi direttamente, ma ciò non esclude che i termini di tale relazione possano cambiare; in breve, quanto adesso sostenuto non equivale a sostenere che il principio di legalità penale sia insensibile all'integrazione dell'ordinamento nazionale con l'ordinamento UE, come anche al passare del tempo.

10.2. Il principio di legalità penale.

Chiarito dunque che la diminuzione della libertà personale può avvenire direttamente solo tramite la legge nazionale, perché competenza esclusiva e necessaria del potere normativo sovrano, occorre adesso introdurre il principio di legalità penale e chiarire le ragioni per cui questo, contrariamente alla relazione che avvince la sovranità in materia penale alla libertà personale, ben può subire mutamenti compatibili con l'ordinamento costituzionale.

In questo senso non è superfluo ricordare che «la Costituzione definisce [il reato], a grandi linee, il *modello*, il suo *know-how*»⁴⁶⁴ e che anche la dottrina tradizionale ha ipotizzato dei temperamenti del principio

⁴⁶⁴ Così M. DONINI, *Il volto costituzionale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 145.

stesso⁴⁶⁵; non è dunque un'assurdità ritenere che, se il diritto penale trascina i confini nazionali, allora necessariamente cambia conformazione anche «il cardine stesso della materia penalistica»⁴⁶⁶ e cioè il principio di legalità penale. come si è detto, del resto, il diritto è un fenomeno sociale, espressione della società, che muta al cambiare della società. Ed invero, l'adesione italiana all'odierna UE ha comportato delle novità di livello costituzionale per il principio di legalità penale e, più nel dettaglio, delle novità di carattere sistemico-istituzionale; la legalità penale infatti, alla stregua di tutto l'ordinamento costituzionale, non è più da collocare esclusivamente all'interno dei confini nazionali, ma piuttosto da inserire in un contesto più ampio rispetto a quello originario in cui è maturata la maggior parte dell'elaborazione dottrinale sul punto e rispetto al quale l'ordinamento nazionale si è progressivamente integrato.

Come abbiamo già avuto modo di esporre, il cittadino italiano sia tramite l'integrazione tra gli ordinamenti UE con quelli nazionali, sia con il consequenziale riconoscimento della cittadinanza europea è titolare di una situazione giuridica soggettiva attiva (o di vantaggio) autonoma rispetto alle tradizioni nazionali. A suo favore all'interno dello Spazio comune di Libertà, Sicurezza e Giustizia è infatti riconosciuta e garantita quella che in questa tesi è stata definita come la dimensione europea del principio euro-costituzionale di legalità e che è del resto oggi ben visibile grazie all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della Carta europea dei diritti (il cui art 49 giova ricordare che è rubricato «Principio di legalità dei reati e delle pene»). Inoltre, sempre in questa direzione, anche il quadro odierno delle fonti del diritto appare stravolto – sia qualitativamente⁴⁶⁷ che

⁴⁶⁵ Al riguardo, infatti, F. BRICOLA, *Art. 25, II e III comma*, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna/Roma 1981, p. 233, affermava che la riserva assoluta, la tassatività e l'irretroattività hanno un denominatore comune rappresentato dalla garanzia del cittadino e che «Se questa *ratio* comune viene salvaguardata, il principio può subire temperamenti a scapito dell'esigenza specifica che lo sorregge. Senonché, affinché ciò si verifichi, l'esigenza di garanzia deve rimanere salva non per il singolo cittadino, ma per la generalità dei cittadini che entrano in rapporto col potere punitivo».

⁴⁶⁶ Così G. FONASARI-A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2008, p. 1; in termini analoghi si esprimono M. CAIANIELLO-E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto delle Corti Penali Internazionali*, in *Indice penale*, 2002, p. 308, secondo i quali, invece, «rappresenta un metaprinzipio di ogni sistema penale – anche quello internazionale –».

⁴⁶⁷ La legge nazionale infatti, se da un lato è l'unica fonte diretta in funzione incriminatrice ed è quindi l'unica fonte per possibili diminuzioni della libertà personale, dall'altro lato è

quantitativamente⁴⁶⁸ – rispetto a quello presente nel momento in cui è entrata in vigore la Costituzione nel 1948 e in cui si è iniziata a teorizzare la versione costituzionale del principio di legalità in materia penale.

Una volta che l'ordinamento nazionale si è integrato, dapprima con l'ordinamento comunitario e oggi con l'ordinamento UE, il sistema penale nazionale pare essersi “aperto” sia in senso giuridico, perché altri settori del diritto influenzano il sistema penale, sia in senso geografico, perché i testi e le istituzioni di riferimento non sono più prettamente nazionali⁴⁶⁹. A titolo esemplificativo, nel sistema mediato di diritto penale degli Stati membri la norma da applicarsi in concreto è da ricercare in un tessuto normativo non più meramente nazionale, ma UE. L'operazione di individuazione non è limitata al solo ordinamento nazionale, ma si estende anche a quello sopranazionale UE: come esposto, il panorama normativo risulta essere infatti più ampio rispetto a quello tradizionale perché vi può essere sia una norma UE favorevole, che può operare direttamente in funzione restrittiva della responsabilità penale, che una norma UE sfavorevole che, invece, non può operare direttamente in funzione espansiva (fondare, aggravare o estendere direttamente) della responsabilità penale.

A tal riguardo giova osservare che, specie in alcuni settori, la politica criminale non è più una questione di carattere meramente nazionale, ma assume confini UE. Se quindi esiste «un primato della politica criminale sul diritto penale»⁴⁷⁰, alla luce di quanto adesso esposto la trasformazione del principio di legalità penale fin qui argomentata trova nuovo fondamento.

Questa premessa, *ex se*, non equivale certamente a sostenere che vi sia stata una compressione del principio di legalità e, quindi, una diminuzione delle garanzie previste a livello costituzionale in tema di libertà personale; essa tende piuttosto a fare presente che “qualcosa” è cambiato e

invece subordinata al diritto UE che è posto in posizione di preminenza.

⁴⁶⁸ Mentre in passato figuravano anche Convenzioni e decisioni quadro, oggi la fonte in materia penale non è più la sola legge nazionale, essendo rinvenibili fonti sopranazionali UE indirette (tramite l'obbligo di attuazione nazionale conforme) e dirette (tramite obblighi sopranazionali di penalizzazione in materia penale).

⁴⁶⁹ Tale apertura del sistema penale è ripresa da E. AMATI-V. CACCAMO-M. COSTI-E. FRONZA-A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2006, p. 25, che ovviamente è svolta *rationae materiae*.

⁴⁷⁰ Così M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 75.

che la semina è già profonda. La convinzione, infatti, è che la dimensione nazionale del principio eurocostituzionale di legalità penale (*rectius*: l'immutabile relazione tra sovranità nazionale in materia penale e libertà personale dei singoli) – continuando a garantire a tutto tondo la libertà personale dei singoli contro abusi dell'UE, nella misura in cui evita possibili contatti *diretti* tra la libertà personale/responsabilità penale dei singoli e il diritto sopranazionale – abbia favorito per il penalista “domestico” il vizio prospettico di ritenere che la legalità in materia penale sia rimasta immutata a seguito dei sopra esposti processi di integrazione europea e dell'adesione italiana all'odierna UE. Ciò tuttavia non toglie, né legittima a ritenere, che l'adesione italiana all'odierna UE non abbia inciso sulle forme di manifestazione del principio di legalità penale; quest'ultimo a seguito dell'integrazione con l'UE non garantisce più il cittadino solo di fronte agli arbitri normativi dell'esecutivo, alle interpretazioni del potere giudiziario e all'applicazione retroattiva delle leggi, ma *spiega la sua tutela anche nei confronti dell'ente sopranazionale UE*.

Tutta l'elaborazione del principio di legalità penale deve dunque essere rimeditata in un quadro ordinamentale apparentemente uguale, ma sostanzialmente del tutto differente dato che la *sovranità nazionale* non è più indipendente rispetto alla *sovranità estera*⁴⁷¹: basti pensare al principio di fedeltà UE, al riconoscimento di una potestà penale indiretta avvenuta con il Trattato di Lisbona (obblighi sopranazionali di tutela adeguata ovvero obblighi sopranazionali di penalizzazione) o alla criminalizzazione di comportamenti che, secondo la nostra tradizione giuridica, in alcuni casi non sarebbero neanche conformi al modello costituzionale di reato inteso come offesa a beni giuridici, in quanto marcatamente orientati alla «armonizzazione della morale» UE⁴⁷².

⁴⁷¹ I termini “sovranità nazionale” e “sovranità estera” sono mutuati da G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova, 1997, p. 66, il quale definisce la nozione di sovranità estera come «l'*indipendenza* da altri ordinamenti presenti nella comunità internazionale. In questa [sovranità estera], gli Stati si trovano in una posizione giuridica di eguaglianza e non sarebbe quindi concepibile una sottordinazione ad altri Stati o ad organizzazioni internazionali». In argomento v. anche R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, p. 19, i quali, esponendo le «nuove tendenze delle sovranità», affermano che «la limitazione della sovranità statale diventa invece molto più evidente ed intensa con la creazione in Europa di Organizzazioni sovranazionali» e, cioè, con la nascita dell'UE.

⁴⁷² Così G. FORNASARI, *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*,

Come si spera di avere dimostrato nella parte I, l'ordinamento italiano non è più infatti sovrano in senso classico perché non è più indipendente nelle relazioni con gli altri Stati come lo era in origine. All'integrazione con l'ordinamento UE consegue che la prerogative della sovranità nazionale debbano fare i conti con le prerogative della sovranità estera e ciò incide notevolmente sulla "indipendenza" statale nelle relazioni "internazionali" con l'ente *sopranazionale*.

Il principio di legalità in materia penale (non la sovranità nazionale in materia penale) sembra quindi avere subito una lenta ma inesorabile trasformazione per il tramite dell'art. 11 della Costituzione che, alla luce del

Padova, 2009, p. 18, con riferimento al reato di negazionismo. Sul punto v. E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 1304 e ss.; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema europeo vigente*, Milano, 2007, p. 95 e ss.; Al riguardo appare opportuno fare presente che il quadro normativo di riferimento europeo è cambiato perché il 6.12.2008 è stata approvata, a seguito dell'azione comune 96/443/GAI, la decisione quadro 2008/913/GAI che dovrà essere trasposta negli Stati membri entro il 28.11.2010; tale decisione quadro, secondo la sintesi offerta sull'URL http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/133178_it.html, prevede il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri per quanto riguarda i reati ispirati al razzismo e alla xenofobia. I comportamenti razzisti e xenofobi devono costituire un reato in tutti gli Stati membri ed essere passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive della durata massima di almeno uno fino a tre anni di reclusione. La decisione quadro si applica ad ogni reato commesso: sul territorio dell'Unione europea (UE), anche tramite un sistema di informazione; da un cittadino di uno Stato membro o per conto di una persona giuridica avente sede in uno Stato membro. A tale riguardo, la decisione quadro propone criteri per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche. Sono considerati punibili, in quanto illeciti penali, determinati atti commessi con intento razzista o xenofobo, quali: pubblico incitamento alla violenza o all'odio rivolto contro un gruppo di persone o un membro di tale gruppo definito sulla base della razza, del colore, la religione, l'ascendenza, la religione o il credo o l'origine nazionale o etnica; la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale contenente espressioni di razzismo o xenofobia; la pubblica apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio o contro l'umanità, i crimini di guerra, quali sono definiti nello Statuto della Corte penale internazionale (articoli 6, 7 e 8) e i crimini di cui all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro. Saranno passibili di sanzione anche l'incitamento o la partecipazione nel commettere gli atti suddetti. Riguardo ai reati di cui all'articolo 1, gli Stati membri dovranno stabilire: sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive; pene detentive della durata di almeno un anno fino a un massimo di tre anni. In ogni caso, la motivazione razzista o xenofoba è considerata circostanza aggravante o, in alternativa, tale motivazione dovrà essere presa in considerazione nel decidere quale sanzione infliggere. Per quanto riguarda le persone giuridiche, le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive e devono consistere in un'ammenda penale o non penale ed eventuali altre sanzioni quali: esclusione dal beneficio di agevolazioni o sovvenzioni pubbliche; interdizione temporanea o permanente dall'esercizio di un'attività commerciale; collocamento sotto sorveglianza giudiziaria; provvedimento di liquidazione giudiziaria. L'avvio delle indagini o dell'azione penale per reati di razzismo o xenofobia non deve essere subordinato a una denuncia o un'accusa a opera della vittima.

progredire dell'integrazione europea, lungi dall'essere limitato nella sua portata contenutistica, è stato anzi rafforzato a favore del soggetto UE con la "neo" previsione dell'art. 117 Costituzione. Com'è noto, infatti, il fondamento costituzionale dell'adesione italiana all'odierna UE è stato per lungo tempo rappresentato dal solo art. 11 della Costituzione, il quale ha consentito «limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia delle nazioni»; oggi quella previsione è sostanzialmente rafforzata dal disposto dell'art. 117 della Costituzione, introdotto al fine (e comunque con l'effetto) di rendere ancora più visibili a livello costituzionale i vincoli derivanti dall'adesione all'UE e all'ordinamento internazionale in generale⁴⁷³. Come afferma da quasi un decennio l'art. 117 della Costituzione infatti, «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

Queste basi costituzionali hanno quindi rappresentato i canali di collegamento con cui l'ordinamento nazionale si è originariamente integrato con l'ordinamento comunitario e con l'attuale UE. A tal riguardo è stato opportunamente osservato che sebbene la prima parte del comma II dell'art. 1 della Costituzione preveda che «la sovranità appartiene al popolo», è tuttavia egualmente vero che il popolo «la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione» secondo quanto previsto dal secondo inciso dello stesso comma; come anche che l'adesione e/o la costituzione dell'attuale UE sono state oggetto a livello nazionale di svariate procedure costituzionali e democratiche, nonché di plurime approvazioni democratiche e ratifiche e che tutto ciò costituisce «espressione autentica della volontà delle istituzioni democratiche degli Stati membri»⁴⁷⁴.

Su queste basi costituzionali si è quindi legittimata una lenta alterazione della forma di manifestazione del principio di legalità in materia penale perché, alla luce delle «limitazioni di sovranità» (art. 11 Cost.) a

⁴⁷³ Cfr. sul punto, ad esempio, v. M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte Costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 546.

⁴⁷⁴ Così M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 50.

favore dell'UE e riconosciuti espressamente dei «vincoli» (art. 117 Cost.) a favore dell'ordinamento comunitario (*rectius*: ordinamento UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona), le garanzie di detto principio non hanno più rilevanza meramente nazionale e devono essere collocate in un nuovo e più ampio contesto. In questo senso può pertanto affermarsi che la Costituzione funge sempre da limite e da fondamento del diritto penale, ma in un contesto garantistico nuovo rispetto a quello delineato dalla tradizione giuridica maturata in argomento.

Ed invero, l'emersione della dimensione europea del principio eurocostituzionale di legalità penale che sorregge il funzionamento del sistema sanzionatorio mediato UE di diritto penale si è integrato con i principi costituzionali che regolano l'emanazione e l'applicazione della legge penale nazionale; ciò che determina rilevanti ripercussioni su plurimi aspetti che si tenterà ora di esaminare singolarmente.

10.3. L'integrazione nella fase di formazione della manifestazione legislativa.

L'integrazione nella fase di formazione della manifestazione legislativa è legata a doppio filo con il principio di riserva di legge nazionale che, secondo la dottrina nazionale maggioritaria⁴⁷⁵, è da intendersi come riserva di legge *statale* e – per quanto concerne i “limiti dell'assolutezza” – *tendenzialmente assoluta*. La *ratio* del principio in parola è tradizionalmente da rinvenire, infatti, nella considerazione secondo cui il procedimento legislativo sia il mezzo più idoneo a garantire il sommo bene della libertà personale⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ Cfr. M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Volume I, *La legge penale*, Torino, p. 46 e ss.; G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto discipline penalistiche*, Torino, 1994, vol. VIII, p. 302 e ss.; F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Digesto discipline penalistiche*, Torino, vol. VII, 1993, p. 338 e ss.

⁴⁷⁶ Così F. BRICOLA, *Art. 25, II e III comma*, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna/Roma 1981, p. 232, secondo cui «il procedimento legislativo, pur con le sue inevitabili imperfezioni e lentezza, è ancora nell'attuale momento costituzionale il mezzo più idoneo» a garantire la libertà personale. Nello stesso senso v. F.C. PALAZZO, Voce *Legge penale*, in *Digesto discipline penalistiche*, Torino, vol. VII, 1993, p. 344.

Orbene, con l'emersione del sistema sanzionatorio mediato UE di diritto penale sembra possibile sostenere che la fase di formazione della manifestazione legislativa secondo i dettami tradizionali su individuati non sia più informata né alla supremazia incondizionata della legge sulle altre fonti del diritto, né alla sovranità assoluta del parlamento nazionale rispetto ad altri centri decisionali; ciò che peraltro non comporta alcuna lesione della funzione di garanzia assoluta dalla legge nazionale in sede di formazione della volontà penalizzatrice.

L'affermazione è certamente “forte”, ma sia sul piano formalistico delle fonti che sul piano sostanziale delle garanzie assolute dalla legge penale è possibile rinvenire degli argomenti che la giustificano appieno e che in realtà riguardano la genesi della manifestazione legislativa nelle sue due componenti della formazione della formulazione. Ed invero, entrambe queste ultime – e cioè sia la fase di formazione che quella di formulazione della legge penale nazionale – sono state “integrate” nei loro contenuti a seguito dell'adesione italiana all'odierna UE.

Iniziando dalla fase della formazione della legge penale nazionale è peraltro preferibile articolare il discorso su tre differenti piani: quello formale della titolarità astratta a legiferare in materia penale; quello sostanziale della democraticità e delle garanzie che devono accompagnare la genesi del diritto penale; quello pratico in cui l'integrazione si rende visibile in tutta la sua virulenza sistemica.

10.3.1. Il piano formale dell'astratta titolarità di competenza penale.

Iniziando dal piano formale delle fonti e quindi dell'astratta titolarità di competenza in materia penale, sia la circostanza che il principio di riserva di legge attenga ad un problema di fonti in senso tecnico⁴⁷⁷, unitamente al mutamento del quadro delle fonti esposto precedentemente inducono a presumere che la fase della formazione della legge penale abbia vissuto

⁴⁷⁷ In argomento v. F. BRICOLA, *Art. 25, II e III comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna/Roma 1981, p. 232; F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 51.

delle profonde trasformazioni, tanto che vi è chi sostiene che il nostro sistema penale, nei settori di competenza dell'UE, sia ormai un sistema «sostanzialmente eteroguidato»⁴⁷⁸.

Al di là di questi enunciati – qui richiamati al solo fine di dimostrare che da un punto di vista teorico è possibile il rispetto delle garanzie derivanti dal principio di legalità nonostante la riserva di legge non sia più quella di cui al principio inteso in senso tradizionale (statale e in modo tendenzialmente assoluto) – sono comunque altri gli argomenti per cui si ritiene che la fase della formazione della manifestazione legislativa integrata con il diritto dell'UE non sia più quindi una competenza esclusiva del Parlamento nazionale.

Ed invero, l'astratta titolarità del potere normativo penale è grandemente interessata dall'adesione all'odierna UE e le ragioni di questa affermazione si possono iniziare a comprendere solo laddove si riconosca che *il corollario della riserva di legge è – tra i diversi corollari della legalità – il più condizionato dal relativismo storico*⁴⁷⁹; a tal riguardo si è osservato che, nel caso in cui il novero e i rapporti tradizionali del sistema delle fonti cambino, «il senso profondo della riserva di legge viene grandemente scemato e viene relativizzato il suo valore politico-giuridico di principio fondamentale del diritto penale»⁴⁸⁰. Se infatti proviamo a coniugare da un lato l'elaborazione tradizionale del principio di riserva di legge – statale e tendenzialmente assoluta – e la relativa teorica sulla fase della formazione della volontà penalizzatrice con il quadro esposto nella parte I dedicata alla prospettiva UE, balzano immediatamente agli occhi delle incongruenze che palesano non solo un'aperta discrasia tra apparenza e realtà, ma anche un

⁴⁷⁸ Così M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte Costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 548, il quale più precisamente afferma che «Perché è vero che [...] l'apporto di direttive, di decisioni quadro e di convenzioni abbisogna comunque di una legge interna, ciò che consente di salvaguardare la riserva di legge; ma non è chi non veda che, seppur con queste singolari modalità, il nostro sistema penale finisce comunque per essere profondamente condizionato, sino al punto di apparire, almeno per taluni importanti settori, sostanzialmente eteroguidato».

⁴⁷⁹ F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 51.

⁴⁸⁰ F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 51.

certo anacronismo del principio di riserva di legge in materia penale.

In altri termini, non si ritiene possibile coniugare la formazione nazionale tramite il monopolio del Parlamento nazionale sulle scelte in materia penale con la competenza penale concorrente dell'UE di cui al Trattato di Lisbona e gli obblighi sopranazionali di tutela e di penalizzazione di cui la stessa gode. In questo senso, la riserva di legge non pare più essere né statale né tendenzialmente assoluta, almeno nel senso tradizionale della locuzione⁴⁸¹.

Ed invero, è innegabile che la Comunità, il terzo Pilastro e il Trattato di Lisbona hanno tutti gradualmente realizzato una sempre maggiore concorrenza dell'odierna UE nel definire i confini tra ciò che è penalmente rilevante e ciò che invece non deve esserlo, attraverso un progressivo aumento di competenze nel settore penale. La formazione della volontà legislativa nei settori di competenza dell'UE è infatti *europea*. Come abbiamo visto, la scelta sul *se, come e quanto* punire – sempre nei settori di competenza UE – avviene, al ricorrere di determinati requisiti, a livello europeo, senza che residuino particolari margini di scelta sul Legislatore nazionale (sul punto si tornerà più approfonditamente nel paragrafo dedicato al significato pratico dell'integrazione riguardo alla formazione della legge penale nazionale).

L'adesione italiana all'odierna UE sembra quindi avere inciso notevolmente sulla fase della formazione della legge penale nazionale, a detrimento della formazione meramente nazionale della volontà penalizzatrice, ma senza con ciò incidere sul divieto di uso arbitrario del diritto penale.

10.3.2. Il piano sostanziale delle garanzie.

Passando al piano sostanziale della funzione di tutela assoluta dalla

⁴⁸¹ Sulle tecniche normative per tutelare i precetti di matrice UE all'interno dei confini nazionali v. le osservazioni di A. BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, p. 61, il quale, dopo avere elencato le tecniche normative «ricche di controindicazioni», ritiene che «la sola tecnica normativa adottabile appare quella del rinvio “parziale”, segnatamente tramite elementi normativi». In argomento v. anche i rilievi di C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, p. 219.

fase della formazione della legge penale, come si è anticipato, non pare vi siano state delle diminuzioni o lesioni delle garanzie.

L'emersione del sistema sanzionatorio mediato UE di diritto penale degli Stati membri non sembra infatti avere leso *il fondamento democratico che deve stare alla base delle scelte di politica criminale*, ma piuttosto averne “semplicemente” allargato gli orizzonti.

Ed invero, già prima dell'istituzione dell'UE il diritto penale poteva essere influenzato dal diritto comunitario in base a obblighi sopranazionali di tutela adeguata (fenomeno dell'eventuale armonizzazione indiretta e incidentale del diritto penale nazionale); con l'istituzione dell'UE il quadro è cambiato notevolmente, in quanto la comunità sopranazionale ha usufruito di un canale interstatale per potere regolare espressamente la materia penale all'interno della comunità degli Stati membri, per potere obbligare gli Stati tramite vincoli di matrice non sopranazionale, ma internazionale⁴⁸². Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si è invece riconosciuta, nei limiti e nelle forme prima individuate, la competenza penale indiretta a favore dell'ente sopranazionale UE. Dunque, da un punto di vista formale la riserva di legge parlamentare ha sempre funzionato come limite garantista a favore dei cittadini nazionali nei riguardi di eventuali abusi (non solo al livello nazionale) da parte dell'UE e quindi come vaglio formale svolto dal

⁴⁸² Di fatto tuttavia gli atti normativi di terzo Pilastro – anche se non giustiziabili perché riguardanti il Pilastro intergovernativo, come tale sprovvisto della procedura d'inadempimento tipica del Pilastro comunitario – hanno egualmente goduto di un certo grado di precettività; non sembra infatti possibile sostenere che le obbligazioni assunte dagli Stati membri in sede di terzo Pilastro potessero essere qualificate come delle obbligazioni di diritto internazionale *tout court*. Al riguardo non appare superfluo riportare il pensiero di F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1298 e p. 1299, il quale afferma che «tornando alle decisioni quadro, esse parrebbero destare minori problemi poiché, in quanto espressione della “normale” attività di collaborazione intergovernativa tra gli Stati, possono “entrare” negli ordinamenti nazionali solo a seguito di un atto legislativo di recezione ed esecuzione, senza che il mancato recepimento sia fonte di una responsabilità *giuridica* internazionale dello Stato. Non dunque di un “inadempimento” in senso giuridico si tratterà, bensì di una scelta politica da cui potrà derivare una responsabilità di natura esclusivamente *politica*. Vero tutto ciò sul piano delle regole formali, è altrettanto incontestabile l'impressione che la politica criminale italiana non possa più prescindere nelle sue scelte di criminalizzazione dalle “indicazioni” provenienti dal terzo Pilastro dell'Unione europea, anche nel caso in cui per avventura il legislatore decida di non uniformarsi ad una determinata decisione quadro...Ecco dunque che le scelte di criminalizzazione elaborate in sede europea, pure nell'ipotesi in cui per qualche ragione siano rifiutate, non possono non influenzare la politica criminale nazionale. E allora, anche nel caso decisamente meno dirompente delle decisioni quadro, è difficile pensare ad un monopolio legislativo inteso come esclusività della sede parlamentare ove effettuare le scelte penali».

Parlamento sulle scelte di penalizzazione UE.

Se però passiamo dalla forma al contenuto della garanzia di democraticità delle scelte di penalizzazione, il discorso assume termini diversi: dopo le prime due stagioni – in cui dapprima la Comunità sopranazionale non ha avuto né ritenuto di avere competenza in materia penale e successivamente, con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, si è attribuita competenza penale indiretta ma relegandola tuttavia in un binario diverso (seppure collegato) con l'esperienza comunitaria – l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la conseguente abolizione dei Pilastri ha determinato la trasmigrazione di tale tipo di competenza dal terzo al primo Pilastro; ciò è avvenuto, tuttavia, quando i tempi erano ormai maturi per l'assunzione di tale competenza da parte dell'ente sopranazionale.

Per comprendere meglio quest'ultima affermazione occorre considerare le notevoli innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona sia al ruolo del Parlamento europeo che a quello dei Parlamenti nazionali. Per quanto concerne il primo, si è già messo in luce che il Trattato di Lisbona prescrive per tutta la materia penale il ricorso alla procedura legislativa ordinaria, in cui il Parlamento europeo assume il ruolo di colegislatore. Quanto invece al secondo profilo, il Trattato di Lisbona ha introdotto un maggiore coinvolgimento dei Parlamenti nazionali, conferendo loro un ruolo più incisivo.

Più in particolare, il Trattato di Lisbona ha introdotto nel Trattato sull'Unione europea (TFUE), nel Titolo II «Disposizioni relative ai principi democratici»⁴⁸³, un nuovo art. 8 C⁴⁸⁴ che illustra dettagliatamente il ruolo

⁴⁸³ Il cui articolo 8 prevede che «L'Unione rispetta, in tutte le sue attività, il principio dell'uguaglianza dei cittadini, che beneficiano di uguale attenzione da parte delle sue istituzioni, organi e organismi. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce». L'art. 8 A «1. Il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa. 2. I cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo. Gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini. 3. Ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione. Le decisioni sono prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini. 4. I partiti politici a livello europeo contribuiscono a formare una coscienza politica europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione». L'art. 8 B, invece, prevede che «1. Le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione. 2. Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e

dei Parlamenti nazionali all'interno dell'UE. Esso prevede che i Parlamenti nazionali contribuiscano attivamente al buon funzionamento dell'Unione, essendo informati dalle istituzioni dell'Unione e ricevendo i progetti di atti legislativi europei; vigilando sul rispetto del principio di sussidiarietà; partecipando, nell'ambito dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, ai meccanismi di valutazione ai fini dell'attuazione delle politiche dell'Unione in tale settore; venendo informati delle domande di adesione all'Unione; partecipando alla cooperazione interparlamentare tra parlamenti nazionali e il Parlamento europeo.

Tali forme di partecipazione dei parlamenti nazionali avvengono secondo quanto previsto nelle norme dei Trattati nonché nel Protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali e nel Protocollo sui principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

Infine, ma non per ultimo, occorre ricordare che agli Stati è stata riconosciuta la facoltà di “alzare il freno di emergenza” e di paralizzare nei propri riguardi il processo di penalizzazione UE.

Tirando le fila di quanto fin qui esposto, è dunque chiaro che da un punto di vista formale la democraticità delle scelte di penalizzazione è sempre stata garantita dal vaglio svolto dai singoli Parlamenti nazionali all'atto della effettiva penalizzazione; da un punto di vista sostanziale,

regolare con le associazioni rappresentative e la società civile. 3. Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate. 4. Cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati. Le procedure e le condizioni necessarie per la presentazione di una iniziativa dei cittadini sono stabilite conformemente all'articolo 21, primo comma del trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

⁴⁸⁴ L'art. 8 C prevede che «I parlamenti nazionali contribuiscono attivamente al buon funzionamento dell'Unione: a) venendo informati dalle istituzioni dell'Unione e ricevendo i progetti di atti legislativi dell'Unione in conformità del protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea; b) vigilando sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo le procedure previste dal protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità; c) partecipando, nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ai meccanismi di valutazione ai fini dell'attuazione delle politiche dell'Unione in tale settore, in conformità dell'articolo 61 C del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ed essendo associati al controllo politico di Europol e alla valutazione delle attività di Eurojust, in conformità degli articoli 69 G e 69 D di detto trattato; d) partecipando alle procedure di revisione dei trattati in conformità dell'articolo 48 del presente trattato; e) venendo informati delle domande di adesione all'Unione in conformità dell'articolo 49 del presente trattato»

inoltre, la democraticità delle scelte UE è stata sempre maggiore, di modo che il c.d. argomento del deficit democratico è progressivamente scomparso essendosi riconosciuti sempre maggiori spazi sia al Parlamento europeo che a quelli nazionali.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona quindi, la fase della formulazione della legge, anche penale, non solo non è più questione a carattere meramente nazionale, ma risente del generale intento europeo di ispirarsi ai valori universali della democrazia e dello stato di diritto⁴⁸⁵ e di confermare il proprio attaccamento al principio di democrazia⁴⁸⁶.

Più in particolare, pur essendo la funzione incriminatrice svolta sempre da una legge parlamentare nazionale dalla quale risulti evidente la responsabilità penale del soggetto agente, successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la formazione della volontà di penalizzare (intesa sia come competenza sulla titolarità dell'azione penalizzatrice che come garanzia che deve assistere tale competenza) non è più certamente competenza esclusiva della Legislatore nazionale, ma ha carattere concorrente con l'ente sopranazionale UE. Ed invero, oltre ai classici soggetti nazionali nella fase della formazione della legge penale compaiono soggetti tipici del *law-making* europeo (Consiglio, Commissione, Parlamento Europeo).

Orbene, tale quadro – sebbene lontano dalla tradizione giuridica nazionale – appare idoneo a garantire sia la funzione legittimante⁴⁸⁷ che quella rassicurante⁴⁸⁸ svolta dal principio del *nullum crimen sine lege* sulla

⁴⁸⁵ In questo senso sembra rivolta l'attenzione degli Stati membri. Questi infatti, in base a quanto previsto dal Preambolo del TFUE, hanno riformato i precedenti Trattati «ispirandosi alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto».

⁴⁸⁶ Sempre in base al Preambolo TFUE è possibile evincere che gli Stati membri hanno riformato i Trattati «confermando il proprio attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello stato di diritto».

⁴⁸⁷ Da intendersi nel senso che «prima e al di fuori della norma incriminatrice [nazionale] che descrive il “tipo” di reato, nessun comportamento può essere definito “criminale” perché quella “descrizione” è l'unico, *legittimo* spartiacque fra ciò che merita punizione e ciò che non lo merita»: M. CATENACCI, “Legalità” e “tipicità del reato” nello Statuto della Corte Penale Internazionale, Milano, 2003, p. 112.

⁴⁸⁸ Nel senso che «la necessaria conformità dello stesso [fatto storico] ad un tipo legale predeterminato, rassicura il singolo, soggetto alla potestà punitiva dello Stato, circa l'esistenza di confini chiari ed intangibili alla sua sfera di libertà, e soddisfa così un'aspettativa generalizzata di certezza giuridica (e più in generale “di giustizia”) che

categoria della tipicità⁴⁸⁹.

In definitiva, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la fase della formazione della legge penale nazionale – sia dal punto di vista formale della titolarità di competenza penale, che da quello sostanziale delle garanzie da essa svolte – non può più essere intesa come una fase meramente statale e dichiarativa del monopolio del Legislatore nazionale sulle scelte di penalizzazione; piuttosto, nelle materie di competenza dell'UE, essa è oggetto di un duopolio nazionale ed europeo in cui, se la funzione incriminatrice permane a livello nazionale, la titolarità di competenza penale e le garanzie che devono accompagnare la sua emanazione sono esigenze a carattere condiviso con l'ente sopranazionale UE.

10.3.3. Il piano pratico.

Quanto fin qui sostenuto in merito alla fase di formazione della volontà penalizzatrice e all'esistenza di un duopolio in materia penale è particolarmente evidente se scendiamo dal piano teorico al piano pratico dei problemi; la dimensione pratico applicativa dell'integrazione dell'UE con la fase della formazione della volontà penale all'interno dei confini nazionali è il “luogo” migliore per verificare come il sistema UE sia in grado di imporre il proprio diritto sul diritto penale nazionale, tanto in senso penalizzante quanto in senso depenalizzante.

Iniziando dalla incidenza penalizzante del diritto UE sul diritto penale nazionale è opportuno svolgere una premessa: se precedentemente all'istituzione dell'UE si è parlato di *eventuale armonizzazione indiretta e incidentale* del diritto penale nazionale, (con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) si aggiunge un'armonizzazione diretta da parte del sistema sopranazionale UE. Oggi infatti, salvo che si voglia credere alla “*fictio*

altrimenti andrebbe delusa»: così M. CATENACCI, “*Legalità*” e “*tipicità del reato*” nello Statuto della Corte Penale Internazionale, Milano, 2003, p. 113.

⁴⁸⁹ Il fatto tipico rappresenta infatti «la più fedele e compiuta proiezione, sul piano della teoria generale del reato, di quell'aspirazione ad un diritto penale democratico e sottratto all'arbitrio degli apparati repressivi da cui ha avuto origine il *nullum crimen sine lege*»: così M. CATENACCI, “*Legalità*” e “*tipicità del reato*” nello Statuto della Corte Penale Internazionale, Milano, 2003, p. 112.

iuris” secondo cui, visto che la funzione incriminatrice è nazionale, anche la fase della formazione della legge penale sarebbe nazionale, gli spazi di manovra del Legislatore nazionale possono essere molto ristretti e di natura pressoché “certificativa”⁴⁹⁰. In questo quadro continuare a sostenere il monopolio del Parlamento nazionale sulle scelte di politica criminale sarebbe possibile solo nella misura in cui l’ordinamento nazionale si rimpadronisse delle quote di sovranità cedute all’odierna UE (tramite le «limitazioni di sovranità» di cui all’art. 11 della Costituzione).

Ed infatti, in base a quanto si è avuto modo di esporre, il Legislatore europeo può imporre agli Stati membri il ricorso al diritto penale nazionale sia in modo *indiretto* (tramite un obbligo sopranazionale di tutela adeguata), che in modo *diretto* (tramite un vero e proprio obbligo sopranazionale di penalizzazione). In ogni caso trattasi di obblighi che, avendo matrice sopranazionale, soggiacciono in egual misura ai compiti di vigilanza da parte della Commissione e sono quindi idonei a determinare l’attivazione di procedure d’infrazione.

Secondo meccanismi del tutto analoghi, la sovraordinazione del diritto UE può determinare nell’ambito dei vari diritti penali nazionali conseguenze «depenalizzanti» nel senso che a livello nazionale non è possibile continuare a punire condotte divenute lecite alla stregua del diritto UE (ovvero a sanzionarle in modo sproporzionato). A conferma di quanto adesso sostenuto basta ricordare, oltre alle osservazioni maturate dalla dottrina al riguardo e che si riferiscono alla nozione di antiggiuridicità europea come *ius commune*⁴⁹¹, la clamorosa retromarcia della Corte di Cassazione a seguito della dialettica intercorsa con la CGCE in merito alla

⁴⁹⁰ Si pensi al riguardo al settore societario, in cui sono stati raggiunti altissimi livelli di armonizzazione, o alla direttiva sugli abusi di mercato del 2003 con cui si è raggiunto un livello di armonizzazione mai raggiunto prima; i mercati finanziari appaiono infatti come il luogo privilegiato e primario della armonizzazione: sul punto cfr. L. FOFFANI, intervento del 28 giugno 2008 alla conferenza internazionale su “*Il diritto penale nella prospettiva di riforma dei trattati Europei*” (convegno di chiusura del progetto MIUR 2005), organizzata dal Prof. L. PICOTTI, atti in corso di pubblicazione.

⁴⁹¹ Così M. DONINI, *Il volto costituzionale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, p. 150, il quale afferma che «una volta che si sia creata un’antigiuridicità comunitaria [*rectius*: europea dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona] sarà poi difficile che la tipicità penale dei fatti che ne resteranno condizionati continui a essere concepita come prodotto della politica solo nazionale».

nota vicenda delle “scommesse”⁴⁹².

Inoltre, il duopolio nazionale ed europeo si manifesta con chiarezza anche nei casi di “inadempimento successivo”, e cioè quando a un primo regime di attuazione il legislatore nazionale ne sostituisca un altro, che però non è adeguato perché sproporzionato (per eccesso o per difetto)⁴⁹³. In questi casi – come prima esposto e salvo eventuali interventi correttivi introdotti *medio tempore* dal Legislatore – sarebbe la Corte costituzionale interna a dovere provvedere a dichiarare l’illegittimità costituzionale del secondo regime di attuazione, perché in contrasto con gli obblighi assunti *ex art.* 11 e 117 della Costituzione.

10.4. Cenni riguardo al sistema immediato di diritto amministrativo punitivo dell’UE.

Il rapporto tra riserva di legge nazionale e potere punitivo di diritto

⁴⁹² La vicenda può essere riassunta nei seguenti termini: nel 1999 e nel 2003 la CGCE (con le rispettive sentenze CGCE, 21 ottobre 1999, *Questore di Verona c. Diego Zanetti*, causa C-67/98 e CGCE, 6 novembre 2003, *Procedura penale c. Gambelli*, causa C-243/01) ha statuito che la normativa italiana costituisca una limitazione alla libera circolazione dei servizi e alla libertà di stabilimento; nonostante tali pronunce, nel 2004 la Corte di Cassazione (Sezioni Unite penali, 26 aprile 2004, n. 23271) affermò la compatibilità con il diritto comunitario della disciplina penale italiana. Nel 2007 la CGCE è tuttavia tornata sul punto, affermando che «Gli artt. 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nelle cause principali, che impone una sanzione penale a soggetti quali gli imputati nelle cause principali per aver esercitato un’attività organizzata di raccolta di scommesse in assenza di concessione o di autorizzazione di polizia richieste dalla normativa nazionale allorché questi soggetti non hanno potuto ottenere le dette concessioni o autorizzazioni a causa del rifiuto di tale Stato membro, in violazione del diritto comunitario, di concederle loro». È quindi in considerazione di questa ulteriore sentenza della CGCE che poco dopo la Corte di Cassazione (sezione III, 28 marzo 2007, n. 16928) ha ribaltato la precedente giurisprudenza, statuendo che «L’attività organizzata per l’accettazione, la raccolta e la gestione delle scommesse, effettuata per conto di società quotate aventi sede in altro Stato membro UE da soggetti esclusi dal rilascio delle autorizzazioni di cui all’art. 88 del TULPS – R.D. 18 giugno 1931, n. 733 – per il solo fatto che l’attività venga svolta per conto di società con azionariato anonimo, e che per tale ragione non hanno potuto partecipare alle gare per l’attribuzione delle licenze sebbene in possesso delle necessarie autorizzazioni per la gestione organizzata di scommesse in altro Stato membro, non può integrare il reato di cui all’art. 4 della legge 13 febbraio 1989, n. 401, che conseguentemente va disapplicato, in quanto in contrasto con i principi comunitari di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato 25 marzo 1957». Sul punto di recente v. F. VIGANÒ, *L’influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di “antigiuridicità” del fatto tipico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 1068.

⁴⁹³ Cfr. sul punto A. BERNARDI, *Falso in bilancio e diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 374.

amministrativo UE può ingenerare equivoci: se infatti si pone l'attenzione sul rapporto intercorrente tra sanzione nazionale a contenuto amministrativo punitivo e sanzione nazionale penale, possono crearsi dei vizi prospettici. Giova osservare che il criterio distintivo adottato dall'ordinamento italiano è un criterio formale/terminologico: la sanzione è penale ovvero amministrativa in base alla scelta individuata dall'ordinamento giuridico nazionale. Orbene, visto che la scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa è oggi regime non più di monopolio ma di duopolio (e cioè da valutare non solo all'interno dell'ordinamento nazionale, ma anche all'interno della Comunità e dell'ordinamento sopranazionale) ne consegue che le scelte dell'ente sopranazionale UE potrebbero configurare come sanzione amministrativa (del sistema immediato UE) una sanzione che viceversa, se rimessa all'interno dei confini nazionali, sarebbe stata definita penale a contenuto pecuniario.

L'osservazione è inconfutabile. Ciò non toglie, tuttavia, che il riconoscimento di tale potestà di scelta in capo all'UE – avendo ricadute unicamente su beni di natura patrimoniale tramite sanzioni comunque insuscettibili di conversione in pene detentive o altrimenti limitative della libertà personale – sembra doversi ricondurre alla logica delle sanzioni amministrative quali applicabili dalle Regioni, dalle Province e dai Comuni, sebbene il loro fondamento costituzionale sia rinvenibile non già nell'art. 23 della Costituzione, ma nell'art. 11 della stessa.

Come già affermato, infatti, l'ordinamento costituzionale vigente riconosce sia la possibilità di sanzioni amministrative regionali, provinciali o comunali, sia che le sanzioni del sistema sanzionatorio immediato UE non interferiscono con l'ambito di applicazione dell'art. 23 della Costituzione in quanto espressione diretta dell'UE.

10.5. L'integrazione UE sulla fase della formulazione dell'atto/fonte.

La fase della formazione della legge penale non è l'unica attinente alla genesi delle fattispecie penali ad essere interessata dall'adesione italiana all'odierna UE; quest'ultima e il conseguente processo di integrazione ha

infatti influenzato anche la fase della formulazione della legge penale. In altri termini, non essendo più la formazione della volontà penalizzatrice questione a carattere esclusivamente nazionale, ma viceversa integrata – nelle aree di competenza dell’UE – dal diritto dell’UE nei termini qui precisati, di riflesso anche la fase della formulazione dell’atto/fonte della responsabilità penale è divenuta questione a carattere sopranazionale, e quindi integrata dal diritto dell’UE essendosi passati dalla formulazione della legge nazionale al *law making* europeo.

Rispetto all’assetto tradizionale dei modi di formulazione della legge penale, l’adesione italiana all’odierna UE ha infatti comportato precipue novità. A tal riguardo occorre evidenziare che l’adeguamento all’ordinamento UE è «una operazione complessa e continuativa»⁴⁹⁴ per realizzare la quale – sulla base degli art. 11 e 117 Cost., che hanno costituito le disposizioni con cui l’ordinamento costituzionale ha creato i presupposti per l’adesione e per l’integrazione europea⁴⁹⁵ – si è preferito istituire un’apposita procedura – legislativa di adeguamento – comunemente nota come “legge comunitaria”.

Nel 1989 si è infatti tentato di razionalizzare la procedura di adeguamento dell’ordinamento interno con l’istituzione della “legge comunitaria” annuale: la legge La Pergola del 1989⁴⁹⁶ (c.d. legge madre) ha previsto che ogni anno il Parlamento approvi una legge comunitaria (c.d. legge figlia) per individuare i provvedimenti tramite cui rendere l’ordinamento nazionale conforme all’ordinamento sopranazionale con riferimento a tutti gli obblighi che maturano nell’anno di riferimento⁴⁹⁷. Con la legge Buttiglione del 2005⁴⁹⁸, pur mantenendosi lo strumento della legge

⁴⁹⁴ M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L’Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 149. In argomento v. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 47.

⁴⁹⁵ L. DANIELE, *Diritto dell’Unione Europea*, Milano, 2007, p. 173.

⁴⁹⁶ Legge 9 marzo 1989, n. 86; sul rapporto tra detta legge, alcune specifiche leggi comunitarie e diritto penale v. A. BERNARDI, *I principi e criteri direttivi in tema di sanzioni nelle recenti leggi comunitarie*, in *Annali dell’Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XIV, 2000, p. 59 e ss.

⁴⁹⁷ Obblighi che, in base all’art. 1 della legge 4 febbraio 2005, n. 11 attengono all’emanazione di ogni atto UE che vincoli la Repubblica italiana ad adottare provvedimenti di attuazione; all’accertamento giurisdizionale, con sentenza della CGCE, dell’incompatibilità di norme legislative e regolamentari nazionali con le disposizioni UE; all’emanazione di decisioni-quadro.

⁴⁹⁸ Legge 4 febbraio 2005, n. 11.

comunitaria⁴⁹⁹, si è cercato di “migliorare” la procedura di adeguamento alla luce della nuova previsione costituzionale di cui all’art. 117 Cost. assicurando una maggiore partecipazione al Parlamento e tenendo conto delle novità istituzionali europee e in particolare della produzione giuridica del terzo Pilastro (che al tempo di emanazione della legge La Pergola non esisteva).

Così riassunto lo sviluppo delle procedure di adeguamento da un punto di vista formale, appare innanzitutto evidente che in base alla “legge comunitaria” la formulazione e la formazione della legge penale nazionale non sono più strutturate secondo una mera logica nazionale. Ferma tale considerazione, occorre analizzare più da vicino il ruolo del Parlamento nazionale nel processo normativo europeo, prendendone in considerazione i poteri quali oggi previsti dalla legge Buttiglione.

Al riguardo giova premettere che il *law making* europeo suddivide il processo legislativo in tre fasi: la fase ascendente, in cui i Parlamenti nazionali concorrono alla costruzione dei contenuti delle fonti europee, la fase autonoma, in cui rilevano solo le istituzioni UE; infine, la fase discendente, in cui si procede alla predisposizione del regime di attuazione nazionale dei testi individuati al livello UE.

⁴⁹⁹ Al riguardo appare interessante evidenziare che, con riferimento allo stato della legge comunitaria 2009, secondo il comunicato stampa pubblicato sull’URL <http://www.politichecomunitarie.it/normativa/16384/legge-comunitaria-2009> «Il Consiglio dei Ministri ha approvato in via definitiva, su proposta del Ministro per le Politiche Europee, Andrea Ronchi, lo schema di disegno di legge Comunitaria 2009. Il provvedimento era stato approvato in via preliminare il 23 gennaio e successivamente sottoposto al parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano. Il disegno di legge – come le due ultime leggi comunitarie – prevede (comma 1) che il termine per l'esercizio della delega coincida, in via generale, con la scadenza del termine di recepimento della direttiva. Per le direttive il cui termine di recepimento sia già scaduto o scada nei tre mesi successivi alla data di entrata in vigore della legge comunitaria, il Governo è tenuto ad adottare i decreti legislativi di attuazione entro e non oltre novanta giorni dall'entrata in vigore della legge. Per le direttive il cui termine di recepimento non è previsto in sede comunitaria, la scadenza del termine di delega è di dodici mesi dall'entrata in vigore della legge. *Il provvedimento presenta 10 direttive da recepire nell'ordinamento italiano e contiene anche le disposizioni per l'attuazione, mediante decreto legislativo, di quattro decisioni-quadro adottate nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale: lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti; rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali; fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti; lotta contro la criminalità organizzata. Nella relazione illustrativa che accompagna il disegno di legge, sono elencate le direttive pubblicate nel corso del 2008 da attuare (23) e quelle già attuate (27) in via amministrativa. Sono anche indicate le procedure di infrazione ufficialmente aperte nei confronti dell'Italia (159 procedure, alla data del 31 dicembre 2008)».*

Orbene, riguardo alla fase ascendente è stato osservato che gli organi di produzione normativa dell'ente sopranazionale consultano i Parlamenti nazionali «al fine di evitare – nei limiti del possibile – il varo di atti che trovino il dissenso degli Stati membri»⁵⁰⁰. Inoltre, si tenga presente che se con riferimento alla fase ascendente la legge Buttiglione ha previsto il meccanismo della «riserva d'esame»⁵⁰¹ in capo al Parlamento nazionale al fine di aumentarne il tasso di partecipazione dello stesso al *law making* europeo, nella fase discendente «sembra legittimo dubitare che [...] [la trasposizione diretta da parte del Parlamento possa], per così dire, legittimare sul piano democratico i contenuti precettivi dei testi europei eventualmente prodotti a Bruxelles attraverso processi normativi carenti di piena democraticità»⁵⁰².

10.5.1. Il fenomeno della formulazione contrattata tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento UE.

In via assolutamente preliminare occorre brevemente chiarire il significato della locuzione – di per sé un po' eccentrica – “formulazione contrattata”. Come abbiamo visto fino ad adesso, la fase della genesi della legge penale nazionale è stata fortemente influenzata dalla integrazione dell'ordinamento italiano con l'odierna UE, in quanto per un verso alla fase della formulazione concorrono anche soggetti europei e peraltro verso, al *law making* europeo partecipano anche soggetti nazionali; oggi infatti, nelle aree e nelle forme di cui al Trattato di Lisbona, le fasi della formazione e

⁵⁰⁰ Così A. BERNARDI, *All'indomani del Trattato di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 61.

⁵⁰¹ Una delle innovazioni più significative delle legge 11/05, consiste nell'introduzione dell'istituto della riserva parlamentare (art. 4). Esso, accogliendo le disposizioni della Costituzione europea relativamente al ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di formazione degli atti comunitari, prevede che qualora le Camere abbiano iniziato l'esame dei progetti normativi dell'Unione o degli altri atti inviati dal Governo, quest'ultimo potrà procedere agli atti di propria competenza nell'ambito della fase ascendente solo a conclusione di tale esame o comunque trascorsi venti giorni senza che le Camere si siano espresse. Tale termine decorre dalla data di comunicazione alle Camere, da parte del Governo, circa l'apposizione della riserva di esame parlamentare in sede di Consiglio dei ministri dell'Unione. Tale riserva potrà inoltre essere apposta dal Governo anche per i progetti normativi o gli atti che rivestono una particolare importanza politica, economica o sociale».

⁵⁰² Così A. BERNARDI, *All'indomani del Trattato di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 62.

della formulazione della legge nazionale (anche penale) non vivono più esclusivamente all'interno dei confini nazionali, acquisendo viceversa confini sopranazionali.

Il procedimento legislativo tradizionale delineato dalla Costituzione non appare quindi più sufficiente a rappresentare la complessità dell'attuale formulazione della legge penale nazionale perché non tiene conto dell'integrazione nazionale con l'ordinamento UE. Più in particolare la genesi della legge penale nazionale non è più infatti di matrice meramente statale, ma potenzialmente sopranazionale; come precedentemente esposto infatti, il Trattato di Lisbona statuisce che il diritto penale è una materia a competenza concorrente tra l'UE e gli Stati membri; la conseguenza è che anche alla formulazione della legge penale concorrono sia l'ordinamento UE che quello nazionale: in questo senso quindi la formulazione è contrattata. Ciò significa che la formulazione della legge penale nazionale non deve più avvenire nel rispetto delle sole norme costituzionali, ma che può dover soggiacere anche all'ordinamento UE nel suo complesso. E infatti, se è vero che l'ordinamento UE non può prescindere dall'intervento del legislatore nazionale affinché siano penalizzate le violazioni delle regole previste dalla normativa UE, allo stesso tempo però, è anche vero il contrario: e cioè che nella fase discendente del processo legislativo europeo il perfezionamento di una fattispecie penale a livello nazionale sia subordinata al rispetto di una procedura imposta dall'UE.

Il fenomeno della formulazione contrattata si palesa quindi in diversi modi, che attengono sia la fase della formulazione della disposizione che a quella successiva della sua applicazione, ma che comunque esprimono il carattere preminente del diritto UE.

Innanzitutto, nel caso in cui la formulazione del precetto nazionale ricada nelle materie di competenza dell'UE e sia potenzialmente idoneo a lederne le prerogative, l'ordinamento nazionale può “interrogare” l'UE a fini “consultivi”, *al fine di evitare la formazione di nuovi atti legislativi nazionali incompatibili con le norme UE*⁵⁰³. In questo caso, dalla

⁵⁰³ Al riguardo giova ricordare la massima della CGCE, 9 marzo 1978, C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato C. Spa Simmenthal*, secondo cui «in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti

prospettiva nazionale l'intento è quindi quello di conoscere preventivamente gli spazi di manovra normativa possibili rispetto al diritto e alle competenze dell'UE.

Nell'ordinamento italiano il fenomeno si è manifestato di recente in materia di "immigrazione clandestina"⁵⁰⁴ e di "scudo fiscale"⁵⁰⁵ con riguardo ai quali il Governo, in sede di predisposizione di disegno di legge, ha preventivamente comunicato con l'Ufficio servizi giuridici della Commissione.

Orbene appare chiaro, sia nel primo caso che nel secondo, che le competenze UE in materia rispettivamente di immigrazione e di riciclaggio hanno rappresentato degli ostacoli alla piena affermazione dell'indipendenza della formazione e della formulazione della legge penale nazionale: lo Stato ha infatti sondato le possibili soluzioni normative preventivamente alla emanazione della legge, così implicitamente palesando una subordinazione *rationae materiae* rispetto al livello UE.

Ciò nonostante, terminata questa fase al fine di ottenere il via libera UE e così prevenire la formazione di un "diritto illegittimo", non è escluso che si possano verificare delle antinomie tra il sistema UE e il sistema nazionale; proprio con riferimento alla normativa sullo "scudo fiscale", ad esempio, è stata valutata la possibilità di aprire formalmente una procedura di infrazione contro l'Italia⁵⁰⁶. Al riguardo giova ricordare, infatti, che il sistema UE non dispone di strumenti per modificare direttamente la legislazione nazionale, ma che indirettamente, sia la procedura di infrazione, che il giudice nazionale⁵⁰⁷ possono influire notevolmente sulla politica

delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili hanno l'effetto, non solo di rendere *ipso iure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche – in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli stati membri – di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie».

⁵⁰⁴ Cfr. sul punto <http://www.repubblica.it/2008/06/sezioni/cronaca/sicurezza-politica-9/impronte-ue/impronte-ue.html?ref=search>

⁵⁰⁵ Cfr. al riguardo <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2002/01/28/rientro-dei-capitali-dallestero-vicino-il-via.html>

⁵⁰⁶ Cfr. sul punto *Scudo fiscale: Bruxelles riceve ricorso europarlamentari PD e IDV*, pubblicato sull'URL <http://archivio-radiocor.ilsole24ore.com/articolo-761030/scudo-fiscale-bruxelles-riceve-ricorso/>

⁵⁰⁷ Secondo lo schema "Granital", infatti, il giudice in questione sarà il giudice *a quo* nei

nazionale e quindi sulla fase di formulazione della legge penale nazionale.

Oltre a tale prima forma di espressione della formulazione contrattata, ne ricorre talvolta un'altra di particolare interesse ai fini che qui interessano, in quanto rappresenta la maggiore dimostrazione di quanto adesso sostenuto in merito alla profonda incidenza dell'UE sulla fase di formulazione della legge penale. La prassi ha infatti anche evidenziato come a seguito della fase discendente, in cui quindi il Parlamento nazionale provvede alla predisposizione del regime di attuazione nazionale del precetto UE, la validità della fattispecie ai fini della configurabilità del reato in capo al singolo possa essere pregiudicata dal ricorrere di un «vizio procedurale sostanziale» UE che è idoneo a comportare l'inapplicabilità della fattispecie nazionale.

Il diritto UE può infatti istituire una “procedura di informazione” affinché la Commissione vagli se la regola tecnica stabilita da uno Stato membro in un determinato settore sia compatibile o meno con il diritto UE; il fenomeno si è manifestato di recente con riferimento al “marchio Siae”, ma questo non è l'unico settore in cui è stata istituita tale procedura di informazione⁵⁰⁸.

Al riguardo, infatti, nella sentenza sul “marchio Siae” la Suprema Corte di Cassazione afferma che *«Per quanto concerne l'Italia, la Corte di Giustizia si era già occupata dell'omessa comunicazione di una regola tecnica con riferimento alla L. 23 marzo 2001, n. 93, art. 19 la quale vietava la vendita di bastoncini per la pulizia delle orecchie non fabbricati con materiale biodegradabile e puniva il divieto con sanzione amministrativa. In quella circostanza la Corte di Giustizia aveva statuito che è compito del giudice nazionale disapplicare una disposizione del diritto interno che costituisce una regola tecnica una volta accertato che essa non è stata notificata alla Commissione prima della sua adozione (cfr. Corte di Giustizia sez. 5, 8 settembre del 2005 Lidi Italia s.r.l.) e ciò perché l'inadempimento dell'obbligo di comunicazione costituisce un vizio procedurale sostanziale idoneo a comportare l'inapplicabilità delle regole*

casi di normativa UE ad effetti diretti; il giudice delle leggi in caso di normativa UE sprovvista di effetti diretti.

⁵⁰⁸ Cfr. sul punto Corte di Giustizia, sez. V, 8 settembre del 2005, *Lidi Italia s.r.l.* richiamata espressamente da Corte di Cassazione n. 13810 del 2008.

tecniche ivi considerate. La disapplicazione opera anche se la regola tecnica sia contenuta in un atto avente forza di legge ed anche se la sua violazione sia punita come illecito. Invero la qualificazione della violazione della procedura d'informazione come vizio procedurale sostanziale incide inevitabilmente sulla procedura costituzionale di approvazione delle leggi nazionali, nel senso che, ove le medesime contengano una regola tecnica, per potere essere efficaci (quanto meno nei confronti dei soggetti comunitari) non devono soltanto essere adottate in conformità delle norme costituzionali sulla produzione normativa, ma devono altresì seguire la procedura comunitaria stabilita con regolamento o direttiva recepita»; la Corte inoltre afferma che «dalla decisione della Corte di Giustizia deriva, infatti, che non esiste, in assenza della prescritta comunicazione, il dovere di applicare il contrassegno e, quindi, il comportamento tenuto dal soggetto è considerato tanquam non esset» e che la conseguenza è che «questo collegio ritiene corretta la formula perché il fatto non sussiste perché la disapplicazione, incidendo sull'efficacia della norma, produce i suoi effetti in tutti i settori dell'ordinamento e quindi esclude qualsiasi rilevanza anche extrapenale al fatto»⁵⁰⁹.

10.6. L'incidenza sulla fase dell'interpretazione della legge penale nazionale.

L'integrazione dell'ordinamento nazionale con l'ordinamento dell'UE, oltre ad influenzare il legislatore e il procedimento legislativo nazionale, interessa in larga parte anche i giudici nazionali⁵¹⁰. Detto in altri termini, l'integrazione dell'ordinamento nazionale con l'ordinamento UE quale Spazio comune di Libertà, Sicurezza e Giustizia non si limita ad incidere sul momento genetico della legge penale, ma interessa anche la

⁵⁰⁹ Corte di Cassazione n. 13810 del 2008.

⁵¹⁰ Se infatti la CGCE, nella sentenza 10 aprile 1984, C-14/83, *Van Colson e Kamann*, afferma che «l'obbligo delle istanze nazionali di attuare il diritto comunitario sul proprio territorio si impone [...] a tutte le autorità degli Stati membri, comprese, nel quadro delle proprie competenze, le autorità giurisdizionali», la dottrina parla di «Giudice comunitario di diritto comune»: così R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 29.

dimensione “pratico-applicativa” della stessa. Ed invero, anche la fase dell'interpretazione della legge penale nazionale risulta colpita dall'adesione italiana all'odierna UE⁵¹¹.

Già precedentemente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, era chiaro che l'interpretazione della legge penale avesse scoperto nuovi orizzonti nella misura in cui le norme nazionali dovevano interpretarsi in senso conforme alle norme sia di primo che di terzo Pilastro, ma senza tuttavia mai legittimare forzature del procedimento ermeneutico idonee ad offrire una lettura analogica ovvero estensiva della disposizione nazionale in vista della tutela di beni non nazionali⁵¹². Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la situazione non pare essere mutata, perché il giudice nazionale dovrà sempre tentare una lettura UE conforme delle disposizioni nazionali; a tal fine potrà utilizzare tutti i canoni ermeneutici a sua disposizione, ma non potrà mai pervenire a un'interpretazione di carattere estensivo del disposto interno in vista della tutela di interessi o di beni dell'UE. A tal riguardo si è già evidenziato precedentemente che il giudice nazionale non può mai sostituirsi ai compiti di fedeltà a cui è obbligato il legislatore nazionale: il giudice nazionale infatti, nel bilanciare l'obbligo d'interpretazione UE conforme (principio di fedeltà “comunitaria”) con il divieto di interpretazioni estensive (principio di tassatività *ex art. 25* Costituzione), deve riconoscere sempre prevalente il secondo sul primo⁵¹³.

Questo limite all'attività ermeneutica del giudice nazionale appare chiaro anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale al riguardo ha infatti affermato che *«per il rispetto dovuto ai valori fondamentali dell'ordinamento e prima di tutto al principio di stretta legalità che è un principio fondamentale riconosciuto anche in diritto comunitario, per cui in specie le direttive comunitarie non sono direttamente applicabili per determinare o aggravare la responsabilità penale indipendentemente da una legge emanata per attuarle, il giudice non*

⁵¹¹ Sul punto cfr. A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 13, che parla di «incidenza c.d. interpretativa».

⁵¹² Sul punto e dalla prospettiva italiana, in aggiunta a quanto precedentemente esposto nella Parte I dalla prospettiva europea, cfr. A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 13.

⁵¹³ L'osservazione è di cfr. A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 15.

deve invadere il campo della produzione normativa tramite la considerazione di una direttiva non trasposta, punendo un fatto non “espressamente” previsto dalla legge come reato, ma deve applicare le norme incriminatrici così come sono»⁵¹⁴.

Orbene, se questa prima forma d'integrazione dell'ordinamento nazionale con l'ordinamento dell'UE attiene all'interpretazione della legge nazionale d'attuazione del diritto UE e come tale amplia i confini spaziali e normativi dell'utilizzo dei tradizionali canoni ermeneutici nazionali, vi è un altro genere d'integrazione UE che invece deriva direttamente da quella che in questa tesi è stata definita come la dimensione europea del principio euro-costituzionale di legalità penale (come tale vigente in tutto l'ordinamento UE e cioè in tutti i casi in cui le norme interne non siano prive di legami con il diritto UE) e dal quale specificatamente deriva l'obbligo di interpretazione restrittiva della legge penale.

Ed infatti, così come proposto in sede di riforma costituzionale dalla Commissione bicamerale⁵¹⁵, all'interno dello Spazio comune di Libertà, Sicurezza e Giustizia, ed eccezion fatta per i casi in cui le norme interne siano prive di qualsiasi legame con il diritto UE, i giudici nazionali non possono interpretare estensivamente le fattispecie penali; ciò tuttavia «non può essere inteso come un divieto di graduale chiarimento delle norme sulla responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziale»⁵¹⁶, perché è pacificamente riconosciuto che ogni disposizione (anche penale) necessiti di

⁵¹⁴ Corte di Cassazione, sez. III, 28 ottobre 1997 (u.p. 26 giugno 1997), *Aprà*, pubblicata in *Cassazione penale*, 1998, p. 1630 e in *Diritto penale e processo*, 1998, p. 608; la sentenza è stata commentata da G.M. VAGLIASINDI, *Diritto penale ambientale e diretta efficacia delle direttive comunitarie*, in *Cassazione penale*, 1998, p. 269 e ss. e da S. RIONDATO, *Legalità penale comunitaria in materia di rifiuti pericolosi*, in *Diritto penale e processo*, 1998, p. 611. Da ultimo v. Corte di Cassazione SS.UU. 38691 del 25/06/2009 in materia di confisca.

⁵¹⁵ Il riferimento è al testo licenziato il 4 novembre 1997 e, più nel dettaglio, all'art.129 comma 3, il quale statuiva che «le norme penali non possono essere interpretate in modo analogico o estensivo». Sul punto, v. M. DONINI, *L'art.129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione “legale” prima che “giurisprudenziale”, dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Critica del diritto*, 1998, p. 95 e ss.; F. PALAZZO, *Le riforme costituzionali proposte alla commissione bicamerale (diritto penale sostanziale)*, in *Diritto penale e processo*, 1998, p. 33 e ss.

⁵¹⁶ Sentenza del Tribunale di primo, 8 luglio 2008, *AC-Treuhand AG*, C-T-99/04 punto 142, richiamata da A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 128.

un momento interpretativo. In ambito europeo dunque, sebbene sia certamente da considerare vigente il divieto di interpretazione estensiva, è tuttavia tollerata l'interpretazione “storicamente ragionevolmente prevedibile” perché, sul solco della giurisprudenza della CEDU maturata sul punto, si ritiene che questa operazione ermeneutica non leda il diritto fondamentale della legalità in quanto consente la “comunicabilità” tra l'ordinamento e l'individuo.

Ciò significa che il giudice nazionale è sempre obbligato a interpretare restrittivamente la legge penale, ma può estenderne (*melius*: precisare) interpretativamente i confini nel caso in cui la fattispecie di reato in questione sia strutturalmente condizionata dalle contingenze storiche o in senso *giuridico* («interpretazione estensiva in linea con una precedente, omogenea prassi interpretativa a carattere estensivo») o in senso *socio-culturale* («casi in cui l'ampliamento in via interpretativa della fattispecie, ancorché contrastante con una precedente giurisprudenza a carattere restrittivo, si giustifichi in virtù del mutamento delle condizioni socio-culturali, e costituisca dunque una evoluzione giudiziale fisiologica»⁵¹⁷).

Al riguardo giova preliminarmente evidenziare l'importanza dell'approccio europeo al tema dell'interpretazione della legge penale, ancorché l'impostazione europea debba essere valutata *cum grano salis* in quanto, se è idonea a distinguere le “fisiologiche” interpretazioni estensive *storicamente ragionevolmente prevedibili* (perché controllate e valutate in modo *giuridico* o in modo *socio-culturale*) dalle “libere” interpretazioni estensive della legge penale (perché non possono essere controllate e valutate né in modo *giuridico* né in modo *socio-culturale*), attiene ad un aspetto cruciale di qualsiasi sistema di giustizia penale perché si colloca sullo spartiacque che separa il lecito dall'illecito, la garanzia dal sopruso. Ed infatti, il criterio elaborato in ambito CEDU – vigente all'interno dell'UE e quindi potenzialmente vincolante il giudice nazionale – è un nuovo strumento di garanzia nelle mani del singolo di fronte ad abusi della giurisprudenza per delimitare il magistero punitivo. Trattasi inoltre di un

⁵¹⁷ Così A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art.7)*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 284.

criterio attuale il cui valore risiede nella considerazione per cui, tenendo conto delle moderne acquisizioni dell'ermeneutica giuridica (secondo cui l'interpretazione non è «un argine rotto al torrente delle opinioni»⁵¹⁸ e che tutte le norme necessitano di un momento interpretativo), vieta in generale l'interpretazione estensiva – e *a fortiori* quella analogica – della legge penale, ma riconosce al giudice la possibilità di potere precisare meglio l'ambito di applicazione della fattispecie nei casi in cui questa sia strutturalmente condizionata dal relativismo storico.

A ben guardare, quindi, l'integrazione UE sulla fase dell'interpretazione della legge penale più che avere l'effetto di riconoscere al giudice poteri estensivi (in base all'argomento della “interpretazione prevedibile”) avrebbe l'effetto di vietare tutte quelle interpretazioni estensive che non siano storicamente ragionevolmente prevedibili e, pertanto, “opponibili” ai singoli.

Svolte queste considerazioni preliminari, dalla prospettiva del giurista di *civil law* è innegabile un precoce senso di diffidenza a tale importante limite all'attività interpretativa del giudice; a ben guardare, però, il criterio dell'interpretazione storicamente ragionevolmente prevedibile sembra avere dei punti di contatto con l'esperienza nazionale.

Al riguardo è possibile osservare che anche nell'ordinamento nazionale, a fronte del medesimo «fatto tipico legale», è possibile che il passare del tempo abbia evidenziato l'emersione di ulteriore modalità di aggressione al bene giuridico tutelato e quindi di un “allargamento” del «fatto tipico ermeneutico»⁵¹⁹.

Prima di procedere ulteriormente in questa direzione e cercare di individuare i punti di contatto tra la dimensione europea e l'esperienza nazionale, è tuttavia preferibile proseguire l'analisi distinguendo a seconda che la fattispecie nazionale sia strutturalmente condizionata alle trasformazioni sociali in senso *giuridico* ovvero in senso *socio-culturale*

⁵¹⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1964, p. 17

⁵¹⁹ Per tale terminologia v. G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 357, secondo cui «il singolo tipo legale, cioè ogni singola figura criminosa si plasma, concretizza e specifica secondo lineamenti che sono anche influenzati dalla reale fenomenologia criminosa che viene di volta in volta in questione. Al fatto tipico in senso puramente legale si affianca, così, un fatto tipico in senso ermeneutico che costituisce il riflesso il risultato».

secondo il significato di tali espressioni già sopra chiarito.

10.6.1. L'interpretazione storicamente ragionevolmente prevedibile in senso giuridico.

I casi in cui la fattispecie è condizionata in senso giuridico al passare del tempo presentano dei punti di contatto tra questo tipo di interpretazione storicamente ragionevolmente prevedibile e l'esperienza nazionale. *L'interpretazione estensiva in linea con una precedente, omogenea prassi interpretativa a carattere estensivo* sembra infatti inserirsi nel solco della nota problematica del ruolo delle definizioni *legali* nel diritto penale⁵²⁰. Senza avere la pretesa di affrontare tale ultimo argomento, è qui possibile notare che a livello europeo l'interpretazione estensiva *in linea con una precedente, omogenea prassi interpretativa a carattere estensivo* è possibile «a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza dell'illecito e ragionevolmente prevedibile»⁵²¹. Quanto all'ambito nazionale, non è escluso che il legislatore possa ricorrere a tecniche di normazione sintetica, utilizzando una definizione in funzione di «valvola di chiusura di una esemplificazione di dati rientranti in un *genus* ben definito»⁵²² in modo da inglobare indirettamente nella fattispecie di reato anche casi non espressamente menzionati, ma che in realtà sono solo evocati tramite formule sintetiche di vario genere (ad esempio «casi simili» o «casi analoghi»)⁵²³. A tal proposito la dottrina sostiene infatti per un verso la plausibilità di fattispecie “ad analogia esplicita” nella misura in cui siano strutturate su una serie di ipotesi omogenee e, per altro verso, l'illegittimità

⁵²⁰ Sul punto v. A. CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996.

⁵²¹ Così Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. e C.R. c. Regno Unito*, mutuata da A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art.7)*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 264; sulla prevedibilità, ma nella prospettiva della CGCE e dell'UE, v. A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, 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*, Milano, 2008, p. 126.

⁵²² Così F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, 1965, Milano, p. 301; *contra* M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Volume I, *La legge penale*, Torino, 1999, p. 100.

⁵²³ Sul punto v. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 181.

costituzionale di formule strutturate invece su serie di ipotesi eterogenee⁵²⁴. Tali argomenti sono stati recentemente ben ripresi dalla Corte costituzionale in materia di “disastro innominato” riguardo alla «sottofattispecie»⁵²⁵ di “disastro ambientale”⁵²⁶. E infatti, l’art. 434 c.p. – rubricato «Crollo di costruzioni o altri disastri dolosi» – prevede che «chiunque, fuori dei casi preveduti dagli articoli precedenti, commette un fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione o di una parte di essa ovvero *un altro disastro* è punito, se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità, con la reclusione da uno a cinque anni». Orbene, questa disposizione, se letta con la lente della dottrina nazionale più tradizionale, renderebbe l’operazione interpretativa illegittima perché maturata su una fattispecie indeterminata; la Consulta invece, in conformità a quanto sostenuto dalla dottrina interna sia di fattispecie ad analogia espressa (prima richiamata) sia dei delitti contro l’incolumità pubblica⁵²⁷, ha statuito che *«l’inclusione nella formula descrittiva dell’illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi, ovvero di clausole generali o concetti elastici, non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall’incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un’operazione interpretativa non esorbitante dall’ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico*

⁵²⁴ Per un quadro sul punto v. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 181.

⁵²⁵ La nozione di sottofattispecie è presa in prestito da A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, p. 61, secondo il quale «la decisione giudiziaria [...] comporta l’elaborazione di norma intermedia (sottonorme) e di sottofattispecie» che «hanno» la loro genesi, il più delle volte, in quei fenomeni sopradescritti ricollegabili al profilarsi di nuove forme di aggressione al bene giuridico; allo sviluppo tecnologico; o al mutare dei costumi sociali».

⁵²⁶ Il caso ha avuto origine perché gli uffici di Procura hanno contestato il reato *de quo* di fronte a gravi fatti di inquinamento ambientale.

⁵²⁷ Cfr. A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico criminali dei delitti contro l’incolumità pubblica*, Torino, 2005, p. 314, il quale, dopo avere richiamato i lavori preparatori (in cui si elencano taluni accadimenti a titolo esemplificativo), afferma che «si tratta di una figura di disastro assolutamente indeterminata ... che dovrà essere ricostruito, in via interpretativa, sulla base dei connotati (strutturali, tipologici e morfologici) comuni ai modelli di disastro nominato».

controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo» (sentenza n. 5 del 2004; in senso analogo, ex plurimis, sentenze n. 34 del 1995, n. 122 del 1993, n. 247 del 1989; ordinanze n. 395 del 2005, n. 302 e n. 80 del 2004)». Giova peraltro sottolineare che a tali affermazioni la Consulta perviene in quanto consapevole di come «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale. Sostenere il contrario significherebbe, difatti, "tradire" entrambe le funzioni del principio di determinatezza. La prima funzione – cioè quella di garantire la concentrazione nel potere legislativo della produzione della regula iuris – verrebbe meno giacché, nell'ipotesi considerata, la regula verrebbe creata, in misura più o meno ampia, dai giudici. La seconda funzione – cioè quella di assicurare al destinatario del precetto penale la conoscenza preventiva di ciò che è lecito e di ciò che è vietato – non sarebbe rispettata perché tale garanzia deve sussistere sin dalla prima fase di applicazione della norma, e non già solo nel momento (che può essere anche di molto successivo) in cui si è consolidata in giurisprudenza una certa interpretazione, peraltro sempre suscettibile di mutamenti. Ciò non esclude, tuttavia, che l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale costante possa assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare, sulla scorta d'un ordinario percorso ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa. Ed è in questa prospettiva che va letto, per l'appunto, il precedente richiamo alla corrente nozione giurisprudenziale di "disastro". Con riguardo, poi, all'ulteriore concetto sul quale si appuntano i dubbi di costituzionalità del giudice a quo, si deve rilevare come, nell'ipotesi descritta dall'art. 434 cod. pen., il "pericolo per la pubblica incolumità" – implicito, per quanto osservato dianzi, rispetto alla fattispecie di evento contemplata dal secondo comma (verificazione del "disastro") – risulti espressamente richiesto anche in rapporto al delitto di attentato previsto dal primo comma (compimento di fatti diretti a cagionare un disastro). Diversamente da quanto assume il rimettente, peraltro, la predetta espressione – nella quale si compendia il momento dell'offesa all'interesse protetto non può ritenersi

priva di un senso sufficientemente definito (salvi, naturalmente, i problemi interpretativi connessi alla verifica dell'elemento in questione nella concretezza delle singole fattispecie). Per opinione praticamente unanime, e conformemente alle indicazioni della relazione ministeriale, il concetto di «incolumità» deve essere difatti inteso – agli effetti del titolo VI del libro II del codice penale – “nel suo preciso significato filologico, ossia come un bene, che riguarda la vita e l'integrità fisica delle persone” (da ritenere naturalmente comprensiva anche della salute). Il “pericolo per la pubblica incolumità” viene cioè a designare – come già anticipato – la messa a repentaglio di un numero non preventivamente individuabile di persone, in correlazione alla capacità diffusiva propria degli effetti dannosi dell'evento qualificabile come “disastro”. L'accertata insussistenza del denunciato vulnus al principio di determinatezza travolge automaticamente le ulteriori censure relative al diritto di difesa (art. 24 Cost.), al principio di colpevolezza e alla finalità di prevenzione speciale della pena (art. 27 Cost.): trattandosi di censure che il rimettente prospetta come meramente consequenziali alla lesione dell'art. 25, secondo comma, Cost., e dunque prive di autonomia. Ferma restando la conclusione raggiunta, è tuttavia auspicabile che talune delle fattispecie attualmente ricondotte, con soluzioni interpretative non sempre scevre da profili problematici, al paradigma punitivo del disastro innominato – e tra esse, segnatamente, l'ipotesi del cosiddetto disastro ambientale, che viene in discussione nei giudizi a quibus – formino oggetto di autonoma considerazione da parte del legislatore penale, anche nell'ottica dell'accresciuta attenzione alla tutela ambientale ed a quella dell'integrità fisica e della salute, nella cornice di più specifiche figure criminose»⁵²⁸.

10.6.2. L'interpretazione storicamente ragionevolmente prevedibile in senso socio-culturale.

Analizzate le corrispondenze tra i limiti UE dell'interpretazione della

⁵²⁸ Corte Costituzionale, sentenza n. 327 del 2008, che è riportata in modo così esteso non tanto per tediare il lettore quanto per valorizzare l'attuale prassi vigente e consolidata all'interno dell'ordinamento costituzionale.

legge penale e le fattispecie nazionali strutturalmente condizionate dalle trasformazioni sociali in senso giuridico (*interpretazione estensiva in linea con una precedente, omogenea prassi interpretativa a carattere estensivo*) occorre adesso procedere ad analoga comparazione con riferimento a quelle fattispecie che sono invece strutturalmente condizionate da trasformazioni in senso socio-culturale (*casi in cui l'ampliamento in via interpretativa della fattispecie, ancorché contrastante con una precedente giurisprudenza a carattere restrittivo, si giustifichi in virtù del mutamento delle condizioni socio-culturali, e costituisca dunque una evoluzione giudiziale fisiologica*). A riguardo conviene innanzitutto fare presente che nel nostro ordinamento, contrariamente a quanto si potrebbe immaginare, diverse ipotesi criminose (in realtà diverse sottofattispecie) hanno avuto origine giurisprudenziale e non normativa⁵²⁹; il dato può apparire inverosimile, ma «l'analisi empirico-giurisprudenziale è spietatamente chiara»⁵³⁰, tanto che già da tempo parte della dottrina segnala la necessità di una «rivalutazione funzionale del parametro della tassatività»⁵³¹.

Svolta questa premessa, è possibile notare che anche nel caso di interpretazione storicamente ragionevolmente prevedibile in senso socio-culturale è possibile rinvenire delle somiglianze con l'esperienza nazionale, nonostante delle precise differenze che sembrano riflettere le caratteristiche di fondo del sistema di *civil law*. Come prima accennato infatti, anche nell'ordinamento nazionale è possibile trovare fattispecie che, a causa della loro struttura e del passaggio del tempo, hanno subito un'estensione del solo *fatto tipico ermeneutico* e non anche del *fatto tipico legale*⁵³² (in breve, l'emersione di una nuova sottofattispecie). E sebbene dal punto di vista del

⁵²⁹ Cfr. al riguardo lo studio di A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1161 e ss.

⁵³⁰ Così A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1198.

⁵³¹ Questa è la posizione di A. MELCHIONDA, *Definizione normative e riforma del codice penale (spunti per una riflessione sul tema)*, in A. CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, p. 400 e ss.

⁵³² La terminologia è mutuata da G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 357, secondo cui al «fatto tipico legale» delineato con contrassegni linguistici dal Legislatore se ne affianca un altro, di matrice giurisprudenziale, definito «fatto tipico ermeneutico»; questo costituirebbe il risultato o il riflesso del fatto tipico legale, perché «tiene conto dell'attività di concretizzazione interpretativa nel rapporto di interazione tra fattispecie astratta e fatto concreto».

giurista nazionale di *civil law* in questi casi sarebbe sempre auspicabile un intervento legislativo, tuttavia l'analisi empirico giurisprudenziale nazionale dimostra come non sempre il legislatore, a seguito di una nuova forma di aggressione ad un bene, abbia dettato un'apposita disciplina.

Orbene, a livello europeo si afferma che l'*interpretazione estensiva in cui l'ampliamento in via interpretativa della fattispecie, ancorché contrastante con una precedente giurisprudenza a carattere restrittivo, si giustifichi in virtù del mutamento delle condizioni socio-culturali e costituisca dunque un'evoluzione giudiziale fisiologica*, ricorre nel caso in cui il giudice applichi «la legge penale a fatti che il legislatore era nell'assoluta impossibilità di prevedere all'epoca della promulgazione della legge, purché la volontà del legislatore di sanzionare fatti di tal natura sia certa e che i fatti in questione possano rientrare all'interno delle norma penale»⁵³³.

A livello nazionale invece, è possibile individuare delle fattispecie strutturalmente influenzate dalle trasformazioni sociali e in cui il trascorrere del tempo può avere comportato l'introduzione legislativa di una nuova fattispecie ovvero l'introduzione giurisprudenziale di una nuova sottofattispecie. Il legislatore, a seguito delle contingenze storiche, è intervenuto ad esempio in materia di “danneggiamento di software”⁵³⁴, di peculato e di furto d'uso⁵³⁵, di «violenza carnale per presunta sostituzione di persona»⁵³⁶; in questi casi, a seguito del progressivo mutamento socio-culturale e dopo aperture giurisprudenziali tese alla sanzionabilità di tali comportamenti, il legislatore è intervenuto legislativamente dettando una disciplina specifica.

Non vi è stato invece alcun intervento legislativo con riguardo al

⁵³³ Così A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art.7)*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 267.

⁵³⁴ Il riferimento è all'art. 635 bis c.p. («Danneggiamento di sistemi informatici e telematici») introdotto con l'art. 9 della legge 23 dicembre 1993, n. 547.

⁵³⁵ Mentre il furto d'uso è stato introdotto con il codice del 1930, il peculato d'uso è invece stato positivamente con l'art. 1 della legge 26 aprile 1990, n. 86: sul punto, rispettivamente, cfr. A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1190 e G. FORNASARI, in A. BONDI-A. DI MARTINO-G. FORNASARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008, p. 126.

⁵³⁶ Così e sul punto cfr. A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1190.

“danneggiamento ambientale”⁵³⁷ o alle onde radioelettriche⁵³⁸, al «getto pericolo di cose» con riferimento al fenomeno dell'elettromagnetismo⁵³⁹, alla «violenza carnale tra i coniugi»⁵⁴⁰ o al “disastro ambientale”⁵⁴¹; in questi casi infatti il Legislatore non ha introdotto una nuova disciplina specifica sebbene siano oggi penalmente rilevanti al pari degli altri prima menzionati e con riferimento ai quali il Legislatore è invece espressamente intervenuto.

Da questa differenza conseguono, ad avviso di chi scrive, tre considerazioni: che nell'ordinamento nazionale è possibile che vi siano fattispecie strutturalmente condizionate dal passare del tempo; che nell'ordinamento di *civil law* l'emersione di una nuova forma di aggressione a un bene giuridico non comporta sempre e necessariamente l'intervento del legislatore; che non è sempre stata una legge a prevedere a titolo originario la punibilità di un fatto.

Orbene, se cerchiamo di comprendere le ragioni di questa

⁵³⁷ Come si afferma al riguardo «particolare attenzione ha avuto, negli ultimi anni, il problema del danneggiamento dei c.d. beni ambientali»: così commento all'art. 635 c.p. di M.T. COVATTA, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2005, p. 2923, cui si rimanda per una casistica giurisprudenziale.

⁵³⁸ Cfr. sul punto: Cass., 27 ottobre 2005, n. 45877; Cass., 23 marzo 1998, n. 2014; Cass., 6 luglio 1989, n. 2030; Cass., 16 giugno 1988, 10202; Cass., 19 ottobre 1988, n. 10202; il nucleo comune di queste sentenze è che «le onde radioelettriche, essendo energia prodotta ed avendo un valore economico, devono considerarsi cose ai sensi del capoverso dell'art. 624 c.p. suscettibili di danneggiamento perché l'interferenza su un dato segnale, di altro segnale che si inserisca sulla stessa banda di frequenza, rende inservibile il primo»: così Corte di Cassazione, 28 settembre 1987, n. 2752. Sul punto v. anche i rilievi di A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1195.

⁵³⁹ La questione ha avuto origine con le sentenze della Corte di Cassazione n. 13 ottobre 1999, n. 5592, e 14 gennaio 1999, n. 5626, con cui, per la prima volta, si è ricondotto il fenomeno delle onde elettromagnetiche nella fattispecie di «Getto pericoloso di cose» disciplinato all'art. 674 c.p. La complessità del problema, di tutta evidenza, è ripercorsa di recente in prospettiva diacronica da L. GIZZI, *Il getto pericoloso di cose*, Napoli, 2008; V. TORRE, *Limiti tabellari e tolleranza giuridica nelle attività rischiose*, in *Indice penale*, 2002, p. 230.

⁵⁴⁰ Sul punto v. A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1196, il quale, ripercorrendo la genesi della fattispecie di violenza carnale tra i coniugi, afferma che in Italia, fino a non moltissimi anni fa, «la norma in questione [art. 519 c.p.] non era ritenuta applicabile al marito allorché violentasse la sua legittima sposa. Per vari motivi, questo comportamento era ritenuto una sorta di esercizio del diritto da parte del marito, come tale non soggetto e non assoggettabile a nessuna pena criminale. Fu solo nel 1976 che la Corte di Cassazione italiana, con un *révirement* degno dell'Alta Corte scozzese, sancì la punibilità della violenza carnale tra i coniugi. Si trattava in realtà di una svolta epocale... anche perché in precedenza la nostra giurisprudenza non solo non applicava l'art. 519 ai rapporti violenti tra i coniugi, ma anzi riteneva penalmente rilevante il rifiuto alla prestazione sessuale da parte del coniuge (di solito la moglie) applicando l'art. 570 c.p.».

⁵⁴¹ Corte Costituzionale, sentenza n. 327 del 2008.

sperequazione a fronte di un medesimo tipo di fenomeno (la struttura della fattispecie condizionata al passare del tempo) sembra possibile azzardare la conclusione secondo cui il Legislatore è sempre intervenuto quando, in base al fatto tipico legale, i giudici non sono riusciti a conferire al *fatto tipico ermeneutico* certezza giuridica. In relazione ai casi prima menzionati è infatti possibile notare che l'intervento legislativo è sempre stato preceduto da inammissibili incertezze della disposizione nella sua dimensione pratico-applicativa⁵⁴². In altri termini, il Legislatore è intervenuto quando è venuta meno la comunicabilità (in termini di conoscibilità-prevedibilità) tra *fatto tipico legale* e *fatto tipico ermeneutico*⁵⁴³ e, quindi, quando è venuta meno la comunicabilità tra l'ordinamento e i singoli; in breve, quando è stato pregiudicato il diritto del singolo a potere conoscere-prevedere la *regula iuris*.

Se dunque cerchiamo di tirare le somme da quanto fin qui esposto riguardo all'integrazione UE sulla fase dell'interpretazione della legge penale, è possibile affermare che le due forme di interpretazione estensiva riconosciute lecite in ambito europeo – perché storicamente ragionevolmente prevedibili in senso giuridico ovvero in senso socio-culturale – concorrono meglio a delineare i limiti ermeneutici dei giudici nazionali. Ed invero, in base all'integrazione UE sulla fase della interpretazione della legge penale nazionale in aree di collegamento con il diritto UE, il giudice non può mai interpretare estensivamente una legge

⁵⁴² In questo senso si rimanda per la fattispecie di danneggiamento del “software” a L. PICOTTI, voce *Reati informatici*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. di aggiornamento VIII, Roma, 1999, 18, il quale, commentando la genesi della fattispecie introdotta nel 1993 e sostenendo che sarebbe stata idonea l'introduzione di una semplice nuova circostanza aggravante speciale, afferma che «va, dunque, condivisa la necessità di una specifica incriminazione legislativa dei fatti di danneggiamento [...] in quanto tali oggetti non appaiono di per sé riconducibili alla nozione penale di “cosa”, pur riguardata sotto il suo profilo funzionale»; per il furto d'uso ad A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1191, il quale afferma che l'intervento legislativo è stato dettato da «un incomponibile dibattito giurisprudenziale»; per il peculato d'uso a G. FORNASARI, in A. BONDI-A. DI MARTINO-G. FORNASARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008, p. 126, il quale al riguardo afferma che l'«obiettivo della riforma era quello di portare certezza giuridica».

⁵⁴³ La terminologia è mutuata da G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 357, secondo cui al «fatto tipico legale» delineato con contrassegni linguistici dal Legislatore se ne affianca un altro, di matrice giurisprudenziale, definito «fatto tipico ermeneutico»; questo costituirebbe il risultato o il riflesso del fatto tipico legale, perché «tiene conto dell'attività di concretizzazione interpretativa nel rapporto di interazione tra fattispecie astratta e fatto concreto».

penale; tuttavia, nei casi in cui la fattispecie è storicamente condizionata al passare del tempo (in senso giuridico o in senso socio-culturale), potrà interpretare estensivamente l'ambito di applicazione della norma e così attualizzarne lo scopo e precisarne i confini applicativi, fermo restando l'auspicio che talune sottofattispecie penalmente rilevanti tramite soluzioni interpretative non sempre immuni da profili problematici (si pensi al caso del disastro innominato prima richiamato⁵⁴⁴) formino oggetto di autonoma considerazione da parte del Legislatore.

Tutte le altre interpretazioni estensive non storicamente condizionate rappresentano invece una violazione della dimensione europea del principio euro-costituzionale di legalità penale.

Se quindi tentiamo di tracciare un bilancio dell'integrazione UE sulla fase dell'interpretazione della legge penale nazionale, a sommosso avviso di chi scrive il saldo può considerarsi attivo, perché essa consente al giudice – in modo non incompatibile con l'esperienza nazionale come sopra evidenziato – di precisare meglio l'ambito di applicazione della fattispecie condizionata storicamente in senso giuridico (come già avviene nei casi di definizioni strutturate su una serie di ipotesi di disvalore omogenee) ovvero in senso socio-culturale (come avviene nei casi in cui la nuova sottofattispecie, che il legislatore non poteva prevedere, rientra nell'ambito di applicazione della norma perché integra chiaramente il disvalore del tipo), ma di vietare tutte le altre possibili operazioni ermeneutiche a contenuto estensivo. In questo modo, sembrano peraltro potersi uniformare gli esiti applicativi dei diversi canoni ermeneutici (semantico, storico, sistematico e teleologico) a disposizione del giudice ed eventualmente “smascherare” inammissibili interpretazioni estensive.

10.7. L'integrazione sulla fase dell'applicazione della legge penale nel tempo.

Infine, ma certamente non per importanza, occorre valutare gli effetti

⁵⁴⁴ Corte Costituzionale, sentenza n. 327 del 2008.

dell'integrazione UE sulla fase dell'applicazione della legge penale nel tempo.

Com'è noto, i principi che regolano l'applicazione della legge penale nel tempo sono quello di irretroattività sfavorevole e quello di retroattività favorevole, entrambi vigenti nell'ordinamento italiano: il primo perché da sempre costituzionalizzato⁵⁴⁵ a garanzia del singolo per conferire certezza alla legge penale⁵⁴⁶, il secondo perché riconosciuto solo di recente in base alla influenza della giurisprudenza della CGCE⁵⁴⁷ e basato su un *generico favor rei* o *favor libertatis*⁵⁴⁸. Adesso, anche se dette *rationes* rimangono immutate nel loro contenuto, l'integrazione dell'ordinamento italiano con l'ordinamento UE ha integrato il contenuto tradizionale dei principi su richiamati. Ed infatti, l'integrazione UE per un verso ha esteso le garanzie del principio di irretroattività sfavorevole sia al diritto punitivo che al diritto penale giurisprudenziale e, per altro verso, ha fatto assumere rango costituzionale al principio di retroattività favorevole.

10.7.1. Premessa.

Prima di procedere ulteriormente, conviene preliminarmente inquadrare il principio di irretroattività sfavorevole nella sua dimensione europea di corollario del più ampio principio eurocostituzionale di legalità. La dimensione europea del principio di legalità infatti – oltre ad avere il pregio di fare balzare immediatamente agli occhi la legalità quale diritto fondamentale dell'uomo – ha portato ad individuare un punto di equilibrio

⁵⁴⁵ Su tale principio e sui relativi orientamenti della Corte Costituzionale v. G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 77.

⁵⁴⁶ F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Digesto discipline penalistiche*, Torino, vol. VII, 1993, p. 365; v. anche A. CADOPPI *Il principio di irretroattività*, in G. INSOLERA-N. MAZZACUVA-M. PAVARINI-M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2006, p. 187.

⁵⁴⁷ Su tale principio nella giurisprudenza della Corte Costituzionale precedente alle sentenze n. 393 e 394 della Corte Costituzionale v. G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 77.

⁵⁴⁸ F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Digesto discipline penalistiche*, Torino, vol. VII, 1993, p. 365

ideale tra la certezza/sicurezza giuridica e le fisiologiche interpretazioni/evoluzioni giurisprudenziali: da un lato deve essere garantita la possibilità dell'individuo di prevedere le conseguenze delle proprie azioni facendo affidamento tanto sul formante legislativo quanto su quello giurisprudenziale (principio UE di determinatezza), dall'altro, invece, deve esservi certezza che il giudice non potrà ricorrere ad interpretazioni estensive, salvo i casi di interpretazioni storicamente ragionevolmente prevedibili in senso giuridico e in senso socio-culturale (principio di tassatività UE).

L'esperienza nazionale ha invece dimostrato che la giurisprudenza sostanzialmente concorre sia a conferire determinatezza a una fattispecie sia alla genesi delle fattispecie penali. Più in particolare, la giurisprudenza può espandere il *fatto tipico ermeneutico* a fronte di un medesimo *fatto tipico legale*⁵⁴⁹: in questi casi, come già evidenziato, il legislatore è intervenuto nelle ipotesi d'incertezza applicativa; viceversa, nei casi in cui la giurisprudenza è riuscita a conferire certezza a una "lettura"/orientamento giurisprudenziale, non vi è stato intervento legislativo. In entrambi questi casi non sembra esservi alcuna violazione del principio di irretroattività sfavorevole, in quanto nel primo caso le aperture giurisprudenziali rappresentano il pluralismo nelle istituzioni, mentre nel secondo perché, essendo prevedibile l'antigiuridicità del fatto costituente reato, il giudice si limita a chiarire l'ambito di applicazione della fattispecie. Sono piuttosto tutte le altre soluzioni interpretative che dovrebbero essere vietate perché costituenti violazioni della dimensione europea del principio eurocostituzionale di legalità UE.

Ciò posto, si possono comprendere agilmente gli effetti dell'integrazione UE sul principio di irretroattività penale considerando le affermazioni della CGCE: «*la nozione di "diritto" ai sensi di detto art. 7, n. 1, corrisponde a quella di "legge" utilizzata in altre disposizioni della*

⁵⁴⁹ La terminologia è mutuata da G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 357, secondo cui al «fatto tipico legale» delineato con contrassegni linguistici dal Legislatore se ne affianca un altro, di matrice giurisprudenziale, definito «fatto tipico ermeneutico»; questo costituirebbe il risultato o il riflesso del fatto tipico legale, perché «tiene conto dell'attività di concretizzazione interpretativa nel rapporto di interazione tra fattispecie astratta e fatto concreto».

CEDU ed include il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale. Tale disposizione, che consacra in particolare il principio di previsione legale dei reati e delle pene (nullum crimen, nulla poena sine lege), benché non possa essere intesa come un divieto di graduale chiarimento delle norme sulla responsabilità penale, può, secondo detta giurisprudenza, opporsi all'applicazione retroattiva di una nuova interpretazione di un divieto di legge. Ai sensi della stessa giurisprudenza, ciò avviene, in particolare, nel caso si tratti di un'interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa, alla luce, in particolare, dell'interpretazione vigente a quell'epoca nella giurisprudenza relativa alla disposizione legale in questione. Da questa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo deriva che la portata della nozione di prevedibilità dipende in larga parte dal contenuto del testo di cui si tratta, del settore interessato nonché dal numero e dalla qualità dei suoi destinatari. La prevedibilità della legge non viene meno anche qualora l'interessato sia portato a ricorrere a un illuminato parere legale al fine di valutare, in una misura ragionevole in base alle circostanze, le conseguenze che possono risultare da un atto determinato. Ciò vale in particolare per professionisti, abituati a dover provare una grande prudenza nello svolgimento del loro lavoro. Così ci si può attendere da loro una cura particolare nel valutare i rischi che esso comporta (v. sentenza Cantoni/Francia, cit., § 35) Tali principi trovano del resto un riflesso nella giurisprudenza costante della Corte secondo cui l'obbligo del giudice nazionale di far riferimento al contenuto della direttiva nell'interpretare le norme rilevanti del suo diritto nazionale incontra il limite dei principi giuridici generali che fanno parte del diritto comunitario ed in particolare quelli della certezza del diritto e d'irretroattività (v. sentenza 8 ottobre 1987, causa 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Racc. pag. 3969, punto 13)»⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ Sentenza della Corte (grande sezione) del 28 giugno 2005, Dansk Rørindustri A/S (C-189/02 P), Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH e altri (C-202/02 P), KE KELIT Kunststoffwerk GmbH (C-205/02 P), LR af 1998 A/S (C-206/02 P), Brugg Rohrsysteme GmbH (C-207/02 P), LR af 1998 (Deutschland) GmbH (C-208/02 P) e ABB Asea Brown Boveri Ltd (C-213/02 P) contro Commissione delle Comunità europee, la quale inoltre afferma che «Secondo tale giurisprudenza, una siffatta interpretazione non può infatti comportare che ad un soggetto venga opposto un obbligo previsto da una direttiva

La tutela dell'individuo offerta a livello europeo appare quindi massimamente garantista in quanto equiparando l'intero settore punitivo al settore penale, riesce ad assicurare un tasso più elevato di certezza e di sicurezza giuridica perché instaura un rapporto di perfetta complementarità tra il principio di determinatezza-tassatività UE e il principio di irretroattività UE.

Come si evince dalla sentenza della CGCE prima richiamata, pur riconoscendosi dei doveri strumentali di conoscenza in capo ai singoli, si chiariscono meglio e a tutto tondo i vincoli dell'ordinamento statale in materia punitiva; il singolo diviene infatti titolare della situazione giuridica soggettiva di vantaggio in base alla quale ha la garanzia che lo Stato non lo punirà, né con la sanzione punitiva né tantomeno con la sanzione penale, senza che sia preventivamente (rispetto alla commissione del fatto di reato) conoscibile in base al testo e alla giurisprudenza (con il limite in positivo delle interpretazioni storicamente prevedibili) ciò che costituisce l'oggetto del divieto o del comando. In breve, un vero *diritto* del singolo ad essere posto in condizione di calcolare in anticipo e con prevedibile certezza le conseguenze delle proprie azioni, evitando strumentalizzazioni del valore della persona di fronte alla restaurazione dell'ordine giuridico violato. In altri termini, ciò significa garantire la *libertà* del singolo perché la base del giudizio di calcolabilità da parte dell'individuo deve avvenire “a bocce ferme” e non può subire modificazioni sfavorevoli *in itinere*.

10.7.2. L'irretroattività sfavorevole e il diritto penale giurisprudenziale.

Il principio UE d'irretroattività, come precedentemente esposto, riguarda non solo il diritto di matrice statale, ma anche quello di matrice giurisprudenziale. In questo senso, quindi, l'adesione all'UE ha l'effetto di ampliare l'ambito di applicazione del principio di irretroattività sfavorevole

non recepita né, tanto meno, può comportare l'effetto di determinare o aggravare, in forza della direttiva e in mancanza di una legge emanata per la sua attuazione, la responsabilità penale di coloro che trasgrediscono le sue disposizioni comunitarie (v., in particolare, sentenze Kolpinghuis Nijmegen, cit., punto 14, e 26 settembre 1996, causa C-168/95, Arcaro, Racc. pag. I-4705, punto 42)».

nazionale, in quanto rende possibile ravvisare una lesione del principio in parola non solo nelle ipotesi di applicazione di una previsione legislativa o di una sanzione a fatti pregressi all'entrata in vigore della legge stessa (evenienza oggi sinceramente "impensabile") ma soprattutto nei casi in cui l'interpretazione della disposizione da parte del giudice non fosse stata storicamente ragionevolmente prevedibile (in senso giuridico o in senso socio-culturale) precedentemente alla commissione del fatto (evenienza invece più che possibile visto che la prassi registra l'esistenza di contrasti sia sincronici che diacronici⁵⁵¹ tanto da indurre ad affermare che l'incertezza è una caratteristica endemica del sistema penale⁵⁵²). Proprio per questo si è sopra affermato che i principi UE di determinatezza-tassatività e di irretroattività sfavorevole sono perfettamente complementari: la determinatezza-tassatività garantisce la certezza sul giudizio di calcolabilità (assicurando una base certa su cui svolgere il giudizio di calcolabilità e non permettendo interpretazioni estensive, sebbene siano consentite precisazioni storicamente ragionevolmente prevedibili in senso giuridico ovvero socioculturale); l'irretroattività garantisce all'individuo che non sarà punito per fatti che non poteva né conoscere tramite la legge e la giurisprudenza, né prevedere in modo storicamente ragionevolmente prevedibile.

Sulla base di tale complementarietà viene peraltro a delinearsi un'equilibrata situazione volta da un lato a evitare la cristallizzazione e l'immutabilità del diritto quale fenomeno sociale (consentendosi interpretazioni storicamente ragionevolmente prevedibili) e dall'altro lato a non spezzare il nesso di comunicabilità tra l'ordinamento e l'individuo (*rectius*: la conoscibilità del diritto) quale condizione essenziale, ambiziosa e puramente liberale per l'esercizio del magistero punitivo nei riguardi dei consociati⁵⁵³.

⁵⁵¹ Cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, p. 73.

⁵⁵² Cfr. F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 1193; M. DONINI, *Il volto costituzionale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 148.

⁵⁵³ Al riguardo v. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, p. 69, il quale afferma che «sintetizzando, vi è un *fil rouge* che ricollega una sostenibile concezione moderna del principio di legalità alla concezione originaria, illuministica, dello stesso, ed è proprio rappresentato da questa sottolineatura della fondamentale importanza della conoscibilità della legge penale da parte del cittadino».

Orbene, tale collegamento funzionale tra determinatezza e prevedibilità della *regula iuris* per il caso *hic et nunc* riflette a ben guardare il principio nazionale di necessaria (ri)conoscibilità della legge penale; e in effetti, come si diceva, «*il principio di colpevolezza ... più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto*»⁵⁵⁴. E infatti, su un versante la legalità tutela l'individuo garantendogli di potere orientare in modo certo le proprie scelte in considerazione delle conseguenze sanzionatorie per le condotte poste in essere; su un altro versante la colpevolezza garantisce che non sia soggetto a sanzione chi non sia stato in grado di orientare la propria condotta a causa di fattori inevitabili o imprevedibili. Il soggetto deve quindi potere conoscere il divieto o il comando e ciò costituisce il più autentico fondamento del principio di legalità sia nella sua dimensione euro-costituzionale che in quella nazionale.

Significativi riscontri a tale impostazione europea si rinvengono anche all'interno dei confini nazionali, dove – già precedentemente alla sentenza della Consulta dell'88 – era emerso un orientamento giurisprudenziale volto a riconoscere efficacia scusante alla buona fede nelle contravvenzioni e un indirizzo dottrinale favorevole all'ampliamento della teorica della buona fede ai delitti⁵⁵⁵. Com'è noto, questo indirizzo è stato poi recepito nell'ordinamento nazionale con la celebre sentenza 364 del 1988 della Corte costituzionale che, dichiarando la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p., ha affermato la necessità che il soggetto, affinché possa essere considerato *colpevole*, debba quanto meno versare in colpa. Più in particolare, appare di primario interesse riportare qui un ampio passo delle argomentazioni della Consulta poiché esse non solo chiariscono mirabilmente quanto fin qui esposto, ma inoltre riecheggiano (e forse in parte precorrono) affermazioni proprie della CGCE: «*oltre alle condizioni relative al rapporto soggetto-fatto, esiste, pertanto, un altro "presupposto"*

⁵⁵⁴ Corte costituzionale sentenza n. 364 del 1988.

⁵⁵⁵ Sul punto v. ad esempio G. FORNASARI, *Buona fede e delitti: limiti normativi dell'art. 5 c.p. e criteri di concretizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1987, p. 449, secondo cui, «per il tramite del principio di colpevolezza è possibile determinare un limite non già meramente logico (o di ordinamento) e nemmeno soltanto esegetico (o di interpretazione), bensì normativo, cioè immediato e automatico condizionamento nei confronti dell'art. 5 c.p. ...».

della responsabilità penale, costituito, appunto, dalla “riconoscibilità” dell’effettivo contenuto precettivo della norma. L’oggettiva impossibilità di conoscenza del precetto, nella quale venga a trovarsi “chiunque” (non soltanto il singolo soggetto, particolarmente considerato) non può gravare sul cittadino e costituisce, dunque, un altro limite della personale responsabilità penale. Ma il problema centrale, per il nostro tema, attiene ai doveri “strumentali” di conoscenza delle leggi, incombenti sui c.d. destinatari dei precetti penali e, conseguentemente, ai limiti dei predetti doveri. Il passaggio dall’oggettiva possibilità di conoscenza delle leggi penali, assicurata dallo Stato all’effettiva, concreta conoscenza delle leggi stesse avviene attraverso la “mediazione”, ovviamente insostituibile, dell’attività conoscitiva dei singoli soggetti. Supposta esistente, in fatto, l’oggettiva possibilità di conoscenza d’una particolare legge penale, i soggetti privati, divenendo diretti destinatari dell’obbligo (principale) d’adempimento del precetto oggettivamente conoscibile, devono operare la predetta, insostituibile mediazione. A questo fine incombono sul privato, preliminarmente, strumentali, specifici doveri d’informazione e conoscenza: ed è a causa del non adempimento di tali doveri che è costituzionalmente consentito chiamare a rispondere anche chi ignora la legge penale. Gli indicati doveri d’informazione, di conoscenza ecc. costituiscono diretta esplicazione dei doveri di solidarietà sociale, di cui all’art. 2 Cost. La Costituzione richiede dai singoli soggetti la massima, costante tensione ai fini del rispetto degli interessi dell’altrui persona umana: ed è per la violazione di questo impegno di solidarietà sociale che la stessa Costituzione chiama a rispondere penalmente anche chi lede tali interessi non conoscendone positivamente la tutela giuridica. Posto, dunque, che lo Stato adempia ai suoi doveri, che esista, cioè, per l’agente l’oggettiva “possibilità” di conoscere le leggi penali, residuano, tuttavia, ulteriori problemi. L’assoluta, “illuministica” certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito: la più certa delle leggi ha bisogno di “letture” ed interpretazioni sistematiche che (dato il rapidissimo succedersi di “entrate in vigore” di nuove leggi e di abrogazioni, espresse o tacite, di antiche disposizioni) rinviando, attraverso la mediazione dei c.d. destinatari della legge, ad ulteriori “seconde” mediazioni. La completa, in

tutte le sue forme, sicura interpretazione delle leggi penali ha, oggi, spesso bisogno di seconde, ulteriori mediazioni: quelle ad es. di tecnici, quanto più possibile qualificati, di organi dello Stato (soprattutto di quelli istituzionalmente destinati ad applicare le sanzioni per le violazioni delle norme, ecc.). Specifici, particolari doveri, nei destinatari delle leggi penali (di richiesta e controllo delle informazioni ricevute, ecc.) discendono da un sistema di norme “strumentali”, la violazione delle quali già denota quanto meno una “trascuratezza” nei confronti dei diritti altrui, delle persone umane e, conclusivamente, dell’ordinamento tutto. D’altra parte, chi, invece, attenendosi scrupolosamente alle “richieste” preventive dell’ordinamento, agli obblighi di solidarietà sociale di cui all’art. 2 Cost., adempia a tutti i predetti doveri, strumentali, nella specie prevedibili e ciò nonostante venga a trovarsi in stato d’ignoranza della legge penale, non può esser trattato allo stesso modo di chi deliberatamente o per trascuratezza violi gli stessi doveri. Come è stato rilevato, discende dall’ideologia contrattualistica l’assunzione da parte dello Stato dell’obbligo di non punire senza preventivamente informare i cittadini su che cosa è vietato o comandato ma da tale ideologia discende anche la richiesta, in contropartita, che i singoli s’informino sulle leggi, si rendano attivi per conoscerle, prima d’agire. La violazione del divieto di commettere reati, avvenuta nell’ignoranza della legge penale, può, pertanto, dimostrare che l’agente non ha prestato alle leggi dello Stato tutta l’attenzione “dovuta”. Ma se non v’è stata alcuna violazione di quest’ultima, se il cittadino, nei limiti possibili, si è dimostrato ligio al dovere (ex art. 54, primo comma Cost.) e, ciò malgrado, continua ad ignorare la legge, deve concludersi che la sua ignoranza è “inevitabile” e, pertanto, scusabile ... Inadempiti tali doveri, l’ignoranza della legge risulta inescusabile, evitabile. Adempiuti i medesimi la stessa ignoranza, divenuta inevitabile e, pertanto, scusabile, esclude, la rimproverabilità e, pertanto, la responsabilità penale. L’effettiva possibilità di conoscere la legge penale e, dunque, ulteriore requisito subiettivo minimo d’imputazione, che si ricava dall’intero sistema costituzionale ed in particolare dagli artt. 2, 3, primo e secondo comma, 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost. Tale requisito viene ad integrare e completare quelli attinenti alle relazioni

psichiche tra soggetto e fatto e consente la valutazione e, pertanto, la rimproverabilità del fatto complessivamente considerato».

Alla luce di queste premesse la Corte passa quindi a individuare i parametri oggettivi, soggettivi e misti *«in base ai quali va stabilita l'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale»* riconoscendo *«doveroso, per prima, chiarire che, ove una particolare conoscenza, da parte del soggetto agente, consenta al medesimo la possibilità di conoscere la legge penale, non è legittimo che lo stesso soggetto si giovi d'un (eventuale) errore generale, comune, sul divieto».* *«Da quanto innanzi osservato discende, in via generale, che l'inevitabilità dell'errore sul divieto (e, conseguentemente, l'esclusione della colpevolezza) non va misurata alla stregua di criteri c.d. soggettivi puri (ossia di parametri che valutino i dati influenti sulla conoscenza del precetto esclusivamente alla luce delle specifiche caratteristiche personali dell'agente) bensì secondo criteri oggettivi: ed anzitutto in base a criteri (c.d. oggettivi puri) secondo i quali l'errore sul precetto è inevitabile nei casi d'impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato. Tali casi attengono, per lo più, alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo) oppure ad un gravemente caotico (la misura di tale gravità va apprezzata anche in relazione ai diversi tipi di reato) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari ecc.».*

Alla luce di tali motivazioni appare dunque evidente che la conoscibilità della norma penale è la base del giudizio di colpevolezza e, prima ancora, costituisce un «primo necessario presupposto della punibilità ed è distinta dalla valutazione di rimproverabilità del fatto stesso».

Orbene, come già posto in luce, si è deliberatamente riportato un così ampio brano della pronuncia della Corte costituzionale proprio al fine di evidenziare somiglianze e differenze tra l'ordinamento UE e l'ordinamento nazionale. Ed invero, in entrambi i sistemi giuridici non solo esistono doveri strumentali di conoscenza, ma inoltre il contributo della giurisprudenza è fondamentale per una sicura conoscenza del divieto o del comando ed è impossibile sanzionare il singolo nei casi in cui non poteva conoscere la legge per *ignoranza inevitabile* secondo la terminologia

nazionale; per *interpretazione imprevedibile*, secondo la terminologia europea.

Su questa premessa è quindi possibile azzardare che la vera differenza tra l'ordinamento UE e l'ordinamento nazionale è la “contromisura” con cui è tutelato l'individuo dall'errore inevitabile per caos giurisprudenziale (secondo la terminologia nazionale) ovvero dall'interpretazione giurisprudenziale non prevedibile nemmeno secondo i dettami dell'interpretazione storicamente ragionevolmente prevedibile (secondo la terminologia europea).

E infatti, la dottrina nazionale più sensibile al problema del valore del precedente nel diritto penale ha avuto modo di affermare che *de jure condito* eventuali mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli non possono che attenersi alla rilevanza scusante dell'ignoranza inevitabile, anche se non ha mancato di sottolineare che, *de jure condendo*, l'applicazione della disciplina della successione delle leggi penali nel tempo comporterebbe dei vantaggi⁵⁵⁶. Orbene, l'integrazione UE sulla fase dell'applicazione della legge penale pare muovere proprio in quest'ultima direzione e potrebbe essere idonea a sortire il medesimo effetto garantistico auspicato dalla dottrina e per cui erano state ipotizzate proposte concrete di riforma legislativa (introduzione del precedente vincolante)⁵⁵⁷. In tal senso l'ampiezza del principio UE d'irretroattività sfavorevole – secondo cui il principio d'irretroattività si estende al mutamento giurisprudenziale *in malam partem* che non sia storicamente ragionevolmente prevedibile – rende meno impellente una riforma legislativa, in quanto la sua complementarietà con il principio di determinatezza-tassatività costituisce un altro (e nuovo) modo per conferire maggiori certezze al *diritto* penale⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ Al riguardo A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, p. 320, ritiene che l'applicazione dell'art. 2 comporterebbe l'automaticità e la garanzia dell'applicazione, nonché la piena assoluzione dell'imputato. In argomento v. G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della cassazione*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 239.

⁵⁵⁷ Al riguardo v. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, p. 305 e ss.

⁵⁵⁸ In questo senso v. A. BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale “imprevedibile”*: una “nuova frontiera” del processo di “europeizzazione del diritto penale”, in *Cassazione penale*, 2007, p. 2207.

10.7.3. Irretroattività sfavorevole e diritto punitivo.

Secondo la tradizione costituzionale nazionale maturata all'ombra dell'illecito di diritto amministrativo punitivo si è soliti affermare che il principio d'irretroattività sfavorevole, sebbene recepito dal legislatore (in base alla fonte sovraordinata di cui all'art 7 CEDU⁵⁵⁹) nell'art. 1 della legge 689/81, ha fondamento e dignità costituzionale solo con riferimento al diritto penale⁵⁶⁰, mentre il principio di retroattività favorevole, non essendo stato recepito dalla legge 689/81, riguarda generalmente il solo il diritto penale⁵⁶¹.

Se dunque questa è l'impostazione tradizionale delle garanzie previste dall'ordinamento nazionale quanto all'applicazione della legge "punitiva amministrativa", l'integrazione UE sembra avere inciso su entrambi gli aspetti sopraindicati, in quanto oggi sia il principio di irretroattività sfavorevole che quello di retroattività favorevole⁵⁶² hanno assunto una caratura di rango euro-costituzionale.

Più in particolare, l'insegnamento che deriva al riguardo dall'adesione italiana all'UE e dalla relativa integrazione tra ordinamenti giuridici –

⁵⁵⁹ In questo senso v. C.E. PALIERO-A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 380.

⁵⁶⁰ *Ex plurimis*, Corte di Cassazione n. 5617 del 03/05/1996 secondo cui «L'art. 1 della legge n. 689 del 1981 sancisce il principio di legalità anche per l'illecito amministrativo, sicché in assenza di una norma specifica che consenta l'applicazione di detta sanzione retroattivamente, essendo stato costituzionalizzato il principio di irretroattività solo per la materia penale dall'art. 25 Cost., la stessa non può essere applicata che per l'avvenire. Né può invocarsi il terzo comma dell'art. 2 cod. pen., il quale concerne solo il rapporto tra due fattispecie penali incriminatrici e non prevede la successione di un illecito amministrativo ad un reato». In senso conforme v. ordinanza Corte costituzionale n. 420 del 1987.

⁵⁶¹ Cfr. ad esempio Corte di Cassazione n. 7394 del 16/03/1994 secondo cui «Il principio della retroattività della norma più favorevole posto dall'art. 2 comma terzo cod. pen., che assicura al cittadino il trattamento penale più mite tra quello previsto dalla legge penale vigente al momento del fatto e quello previsto dalle leggi successive, purché precedenti la sentenza definitiva di condanna, opera solo con riferimento all'ipotesi della successione tra fattispecie incriminatrici, accertabile in base al criterio della continenza, e non è estensibile al caso della successione di norma che degradi un fatto previsto come illecito penale a illecito amministrativo» ovvero Corte di Cassazione, n. 2724, del 1996, Presidente Chirico.

⁵⁶² Sul punto, oltre alla sentenza della CGCE, 3 maggio 2005, *Berlusconi ed altri*, v. la sentenza della CGCE, 8 marzo 2007, C-45/06, punto 32, laddove è possibile leggere che «il principio dell'applicazione retroattiva della sanzione più lieve fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, cosicché esso deve essere considerato un principio generale del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce il rispetto e che il giudice nazionale deve applicare». Queste due sentenze potrebbero avere il merito di conferire al principio della retroattività favorevole il valore di regola generale del settore amministrativo punitivo, come se fossero state previste dalla legge n. 689 del 1981.

anche tramite il collegamento previsto *ex art.* 6 TFUE con la CEDU – è che sia il principio di irretroattività sfavorevole che quello di retroattività favorevole si applicano a tutta la materia punitiva, senza cioè che sussistano differenze tra l'illecito penale e l'illecito amministrativo-punitivo.

A questo riguardo, sono emblematiche le problematiche emerse riguardo all'istituto della confisca nel rapporto tra il principio di irretroattività UE, l'art. 25 III comma Cost. e l'art. 200 c.p. Com'è noto, infatti, in base a tali ultime disposizioni le misure di sicurezza non sono mai state considerate “pene” in senso penalistico e hanno di conseguenza “beneficiario” di un regime applicativo differenziato in base al quale la loro applicazione non è stata sottoposta al rispetto del principio di irretroattività.

L'integrazione UE sul principio di irretroattività nazionale ha avuto invece l'effetto di fare prevalere il principio di irretroattività UE sia sull'art. 25 comma III Cost. che sull'art. 200 c.p. Di ciò si rinvencono conferme sia sul versante legislativo che su quello giurisprudenziale di modo che oggi (a seguito dell'integrazione dell'ordinamento interno con l'ordinamento UE) l'istituto della confisca può presentarsi con varia natura giuridica in quanto, sebbene il suo contenuto consista sempre nella privazione di beni economici, essa può essere disposta per motivi diversi e rivolta a finalità diverse, sì da assumere natura e funzione di pena o di misura di sicurezza.

E infatti, sul fronte normativo è possibile notare che il Legislatore, nel dare attuazione alle istanze europee introducendo la disciplina di cui all'art. 322 *ter* c.p.⁵⁶³, ha espressamente previsto l'irretroattività di questo tipo di confisca per equivalente⁵⁶⁴, così chiarendo l'intento di configurare

⁵⁶³ L'art. 322 *ter* è stato introdotto nel Codice penale dalla legge di «Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K. 3 del Trattato dell'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997. Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica», n. 300 del 2000, pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 250 del 25 ottobre 2000 S.O.

⁵⁶⁴ L'art. 15 della legge n. 300 del 2000 prevede infatti che «Le disposizioni di cui all'articolo 322-ter del codice penale, introdotte dal comma 1 dell'art 3 della presente legge, non si applicano ai reati ivi previsti, nonché a quelli indicati nel comma 2 del

l'ablazione del patrimonio del reo quale misura di carattere sostanzialmente sanzionatorio. L'art. 322 *ter* c.p ha infatti introdotto la possibilità di confiscare beni economici di cui il soggetto abbia la disponibilità per un valore corrispondente al prezzo o al profitto del reato e, quindi, in modo svincolato sia da un nesso di pertinenzialità con il reato, che dalla pericolosità del bene oggetto di ablazione.

Specularmene, sul fronte giurisprudenziale, anche la Corte di legittimità è ormai orientata a distinguere la confisca in base al fine perseguito dalla stessa sicché è ad esempio affermazione ormai incontrastata che la confisca prevista in materia di diritto penale tributario deve sottostare alla regola dell'irretroattività. Al riguardo non appare superfluo fare presente che, se la finanziaria del 2007⁵⁶⁵ ha introdotto la confisca per equivalente per determinati reati tributari, non prevedendo se la sua applicazione dovesse sottostare alla regola dell'irretroattività o meno, nelle pieghe delle argomentazioni dei giudici di legittimità è sempre più di frequente possibile rinvenire dei richiami al diritto europeo (in particolare all'art. 7 della CEDU e all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) che inducono la giurisprudenza ad escludere un'applicazione retroattiva di tale istituto⁵⁶⁶.

10.7.4. Principio d'irretroattività delle pene.

Infine, occorre ricordare quanto precedentemente esposto con riferimento al principio di legalità UE e alla possibilità che all'interno del sistema sanzionatorio accentrato di diritto amministrativo UE, sulla base di un'immutata base legislativa, sia inasprito il trattamento sanzionatorio con valenza retroattiva. Questo ovviamente all'interno dei confini nazionali non sarebbe possibile con riferimento al diritto penale perché comporterebbe una palese violazione della legalità nazionale: il principio di legalità delle pene accolto all'interno dell'ordinamento nazionale non permetterebbe infatti tali tipi di operazioni⁵⁶⁷.

medesimo articolo 3, commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge».

⁵⁶⁵ Legge n. 244 del 2007.

⁵⁶⁶ Cfr., ad esempio, Corte di Cassazione n. 39172 del 2008. Corte di Cassazione 13098 del 2009; Corte di Cassazione n. 28685 del 2008, anche se, invero, tali richiami sono svolti solo in funzione di *obiter dicta*; in argomento v. F. MAZZACUVA, *La confisca per equivalente nei reati tributari*, in *Cassazione penale*, 2009, p. 3430.

⁵⁶⁷ *Ex plurims* v. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 216 e ss.

10.8. Conclusione.

L'approccio integrato (in base al quale la comprensione dell'ordinamento costituzionale vigente può ottenersi soltanto riconoscendo il suo inserimento nel più ampio contesto della comunità internazionale largamente intesa – *rectius*: dell'ente sopranazionale UE –, salvo improbabili riappropriazioni di quote di sovranità nazionale *ex art.* 11 Cost. dall'ente UE) induce a rassegnare la seguente conclusione: l'*evoluzione* sociale, di cui alla costruzione dell'ente sopranazionale UE e non solo, sembra presagire ad una *trasformazione* del principio di legalità penale nazionale che rinvigorisce le ormai scarse garanzie previste a favore del singolo.

La realtà dei nostri giorni è infatti lontana dal quadro illuministico secondo cui dovevano esservi sia *pochi* precetti *chiari*, che giudici mere “bocche” della legge, all'interno di un sistema penale nazionale *chiuso*, in cui le scelte di penalizzazione dovevano risiedere *esclusivamente* all'interno del Parlamento nazionale; oggi giorno i precetti non sono né pochi né sempre chiari, i giudici non sono mere “bocche” della legge e il sistema delle fonti penali non è più né chiuso né di esclusiva pertinenza del Parlamento nazionale, essendo piuttosto integrato con il sistema UE. Il diritto penale dell'UE è infatti un *corpus normativo integrato* con il diritto penale statale che ha *grandemente trasformato* il sistema di giustizia penale nazionale e il suo cardine fondamentale (*rectius*: il principio di legalità penale).

Alla luce di questo quadro, dal versante europeo è dunque possibile rinvenire importanti e nuove garanzie per il cittadino che profilano una chiara e precisa tendenza: se, infatti, l'integrazione dell'ordinamento costituzionale nazionale con l'ordinamento sopranazionale UE da un lato può influire sulla crisi nazionale della dimensione democratica del principio di legalità penale, dall'altro lato evidenzia la tensione europea a valorizzare l'essenza garantistico-liberale della legalità penale e cioè la conoscibilità del precetto.

Nell'ottica del singolo e cercando di cogliere delle prospettive future

sulla legalità penale, le garanzie sembrano trasmigrare dal momento genetico a quello applicativo. Alla luce di quanto esposto, infatti, la riserva di legge è da intendersi come riserva di fonte competente (legge nazionale) e non di organo; ciò che davvero importa, dunque, non è “tanto” la fonte della responsabilità penale, quanto che il cittadino sia posto nella condizione di potere calcolare in anticipo le conseguenze penali delle proprie scelte d’azione, a tutela della certezza della libertà dell’individuo.

**IL PRINCIPIO EURO-COSTITUZIONALE DI LEGALITÀ DEI CITTADINI UE NELLO SPAZIO COMUNE DI
LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA E L'INTEGRAZIONE CON LA LEGGE PENALE NAZIONALE.**

BIBLIOGRAFIA

- ABBADESSA G., *Il bundesverfassungsgericht sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con la Costituzione tedesca*, in jus17@unibo.it *Casi e materiali diritto penale*, 2009, p. 331
- ADINOLFI A., *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 1.
- AMATI E., CACCAMO V., COSTI M., FRONZA E., VALLINI A., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2006.
- BALSAMO A., *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e le nuova interpretazione giurisprudenziale “imprevedibile”: uno “nuova frontiera” del processo di “europeizzazione” del diritto penale*, in *Cassazione Penale*, 2007, p. 2202.
- BARRETT G., *Cooperation in Justice and Home Affaire in the European Union – An Overview and a Critique*, in BARRETT G. (a cura di), *Justice Cooperation in the European Union*, Dublin, 1997, p. 3.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1964.
- BERNARDI A., “*Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege*” *Between European Law and National Law*, in BASSIOUNI M.C., MILITELLO V., SATZGER H. (a cura di), *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008, p. 87.
- BERNARDI A., “*Riserva di legge*” e fonti europee in materia penale (Parte I), in *Annali dell’Università di Ferrara*, vol. XX, 2006.
- BERNARDI A., *All’indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 37.
- BERNARDI A., *Brevi osservazioni in margine della sentenza della corte di Giustizia*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), “*Ai confini del «favor rei». Il falso in bilancio davanti alla corte costituzionale e di Giustizia*” – *Atti del Seminario Ferrara, 6 maggio 2005*, Torino, 2005, p. 31.

BIBLIOGRAFIA

- BERNARDI A., *Falso in bilancio e diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 367.
- BERNARDI A., *I principi e criteri direttivi in tema di sanzioni nelle recenti leggi comunitarie*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, vol. XIV, 2000, p. 59.
- BERNARDI A., *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in PICOTTI L. (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, p. 81.
- BERNARDI A., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 673.
- BERNARDI A., *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, p. 61.
- BERNARDI A., *Il ruolo del terzo Pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia di riforma dei Trattati*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, p. 1157.
- BERNARDI A., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 381.
- BERNARDI A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, p. 461.
- BERNARDI A., *L'europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Diritto penale e processo*, 2004, p. 5.
- BERNARDI A., *La competenza penale secondo la House of Lords. Obiettività e rigore scientifico nel rapporto della «Camera Alta» del Parlamento britannico*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2007, p. 196.
- BERNARDI A., *Nessuna pena senza legge (art.7)*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla*

- Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 249.
- BESSELINK L.F.M., *A composite European Constitution*, Groningem/Amsterdam, 2007.
 - BILE F., *Introduzione*, in *Diritto Comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 20 Aprile 2007*, Milano, 2008, p. I.
 - BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2008.
 - BONDI A., DI MARTINO A., FORNASARI G., *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008.
 - BRANTS C.H., *Procedural safeguards in the European Union: too little, too late?*, in J.A.E. VERVAELE (a cura di), *European Evidence Warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Antwerpen-Oxford, 2005, p. 103.
 - BRICOLA F., *Art. 25, II e III comma*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, p. 227.
 - BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965.
 - BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1973, p. 39.
 - CADOPPI A. (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa?, Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996.
 - CADOPPI A., *Civil law e common law: contrapposizione sistemica o culturale?*, in CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea: quali politiche criminali per quale Europa?: atti del convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola, Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002*, Milano, 2005, p. 99.
 - CADOPPI A., *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1161.
 - CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, in INSOLERA G., MAZZACUVA N., PAVARINI M., ZANOTTI M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2006, p. 180.
 - CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999.

BIBLIOGRAFIA

- CAIANIELLO M., FRONZA E., *Il principio di legalità nello Statuto delle Corte Penale Internazionale*, in *Indice penale*, 2002, p. 307.
- CARTABIA M.,-WEILER J.H.H., *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000.
- CASSESE S., *La Costituzione economica europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, p. 907.
- CATENACCI M., “Legalità” e “tipicità del reato” nello Statuto della Corte Penale Internazionale, Milano, 2003.
- CONDINANZI M., *Fonti del «terzo pilastro» dell’Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, 2007, p. 513.
- CORSTENS G., PRADEL J., *European criminal law*, The Hague, 2002.
- COSTA P., voce *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, Tomo 2, Milano, 2008, p. 365.
- CRAIG P., DE BURCA G., *Eu law. Text, cases and materials*, Oxford, 2007.
- CRAIG P., *The treaty of Lisbon: Process, architecture and substance*, in *European Law Review*, 2008, p. 137.
- CURTIN M., *European Legal Integration: Paradise Lost?*, in *European Intregation and Law. Four Contribution on the interplay between European Integration and European and National Law to celebrete the 25th Anniversary of Maastricht University’s Faculty of Law*, Antwerp, 2006, p. 1.
- D’AMICO M., *Ai confini (nazionali e sopranazionali) del Favor rei*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), “*Ai confini del favor rei: il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*” – *Atti del Seminario Ferrara, 6 maggio 2005*, Torino, 2005, p. 1.
- D’AMICO M., *Il principio del Favor rei e il dialogo tra le Corti*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), “*Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionali e di giustizia*” – *Atti del Seminario Ferrara, 6 maggio 2005*, Torino, 2005, p. 167.
- DANIELE L., *Diritto dell’Unione europea*, Milano, 2004.

BIBLIOGRAFIA

- DE VERGOTTINI G., *Diritto Costituzionale*, Padova, 1997.
- DELMAS MARTY M., *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992.
- DELMAS MARTY M., *Verso un diritto penale europeo?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, p. 543.
- DELMAS MARTY M., VERVAELE J.A.E., *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, vol. I, II e III, Antwerp-Groningen-Oxford, 2000.
- DIJK P.V., HOOF F.V., RIJN A.V., ZWAAK L., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford, 2006.
- DONINI M., *Il volto costituzionale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.
- DONINI M., *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*, in *Critica del diritto*, 1998, p. 95.
- DONINI M., *Teoria del reato*, in *Digesto discipline penalistiche*, vol. XIV, Torino, 1999, p. 221.
- EECKHOUT P., *The charter of fundamental rights and the federal question*, in *Common Market Law Review*, 2002, p. 945.
- FALCON G., *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2003.
- FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della cassazione*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 239.
- FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 357.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2006.
- FIANDACA G., *Principio di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in *Foro italiano*, 1988, p. 1385.
- FLETCHER M., *Extending "indirect effect" to the third pillar: the significance of Pupino*, in *European Law Review*, 2005, p. 862.
- FLETCHER M., LOOF R., GILMORE B., *Eu criminal law and justice*,

- Cheltenham, 2008.
- FORNASARI G., *Buona fede e delitti: limiti normativi dell'art. 5 c.p. e criteri di concretizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1987, p. 449.
 - FORNASARI G., MENGhini A., *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2008.
 - FORNASARI G., *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in FONDAROLI D. (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, p. 15.
 - GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. I, *La legge penale*, Torino, 1999.
 - GARGANI A., *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino, 2005.
 - GIUPPONI T., *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2007/0003_giupponi_nota_348_349_2007.pdf, 2007
 - GIZZI L., *Il getto pericoloso di cose*, Napoli, 2008.
 - GRANDE E., *La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l'esperienza di «common law»: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*, in *Foro italiano*, 1990, p. 415.
 - GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989.
 - GRASSO G., *Diritto comunitario e diritto interno: profili penali*, in *Diritto comunitario e diritto interno, Atti del Seminario svolto in Roma, Palazzo della Consulta, 20 Aprile 2007*, Milano, 2008, p. 276.
 - GRASSO G., *Introduzione: diritto penale e integrazione europea*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 1.

BIBLIOGRAFIA

- GRASSO G., *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una "politica criminale europea"?*, in *L'indice penale*, 1993, p. 65.
- GRASSO G., *La costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 359.
- GRASSO G., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1991, p. 617.
- GRASSO G., *Prefazione, Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), Milano, 2003, p. 1.
- GRASSO G., *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993, p. 739.
- GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007.
- GRECO S., *I diritti fondamentali nella Costituzione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, p. 187.
- HAEKKERUP N., *Controls and Sanctions in the EU law*, Copenhagen, 2001.
- HONORATI C., *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in RUGA RIVA C. (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006*, Milano, 2007, p. 145.
- INSOLERA G., *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003.
- INSOLERA G., MANES V., *La sentenza della Corte di Giustizia sul «falso in bilancio»: un epilogo deludente?*, in *Cassazione penale*, 2005, p. 2764.

BIBLIOGRAFIA

- KLIP A., *European Criminal Law: An Integrative Approach*, Antwerpen-Oxford, 2009.
- KLIP A., *European integration and harmonisation and criminal law*, in *European Integration and Law. Four Contributions on the interplay between European Integration and European and National Law to celebrate the 25th Anniversary of Maastricht University's Faculty of Law*, Antwerpen, 2006, p. 109.
- LA PERGOLA A., *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 2432.
- LAWSON R., *The impact of the EU Constitution on the relationship between Strasbourg and Luxembourg*, in CURTIN D. (a cura di), *The EU Constitution: The best way forward?*, The Hague, 2005, p. 377.
- LIBERTINI M., *Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, p. 802.
- LOOF R., *Temporal aspects of the duty of consistent interpretation in the First and Third Pillars*, in *European Law Review*, 2007, p. 888.
- MAIELLO V., *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 1614.
- MANACORDA S., *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro italiano (cronache comunitarie)*, 1995, p. 55.
- MANES V., *L'incidenza delle «decisioni-quadro» sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 1150.
- MANNOZZI G., CONCULICH F., *La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2006, p. 899.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.
- MARINUCCI G., *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 77.

BIBLIOGRAFIA

- MASTROIANNI R., *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 1873.
- MASTROIANNI R., *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il caso del «falso in bilancio»*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, p. 621.
- MAUGERI A.M., *I principi fondamentali del sistema giuridico comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 84.
- MAUGERI A.M., *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in GRASSO G. (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturati*, Milano, 2007, p. 149.
- MAUGERI A.M., *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in GRASSO G. e SICURELLA R. (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 117.
- MAZZACUVA F., *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*, in *Cassazione penale*, 2009, p. 3420.
- MAZZINI G., *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 349.
- MELCHIONDA AL., *Definizione normative e riforma del codice penale (spunti per una riflessione sul tema)*, in CADOPPI A. (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, p. 400.

BIBLIOGRAFIA

- MENGOZZI P., *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2003.
- MITSILEGAS V., *Eu criminal law*, Oxford and Portland, Oregon, 2009.
- MOCCIA S., *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, Padova, 1969.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, Padova, 1969.
- NANZ K.P., *The Schengen agreement: preparing the free movement of person in the European Union*, in BIEBER R., MONAR J. (a cura di), *Justice and Home Affairs in the European Union. The Development of the Third Pillar*, Bruxelles, 1995, p. 29.
- NASCIMBENE B., SANNA C., *Commento all'art. 6 TUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, 2004, p. 47.
- NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.
- NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Milano, 1972.
- ONIDA V., *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto Comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 20 Aprile 2007*, Milano, 2008, p. 45.
- PAGLIARO A., *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993, p. 199.
- PAGLIARO A., *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, p. 436.
- PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte Generale*, Torino, 2008.
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.
- PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola*

- iuris, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 49.
- PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1280.
 - PALAZZO F., PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2005.
 - PALAZZO F., *Regole e prassi dell’interpretazione penalistica nell’attuale momento storico*, in *Diritto privato 2001-2002*, VII-VIII, *L’interpretazione e il giurista*, Padova, 2003, p. 507.
 - PALAZZO F., voce *Legge penale*, in *Digesto discipline penalistiche*, vol. VII, Torino, 1993, p. 338.
 - PALIERO C., TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1989.
 - PALIERO C., TRAVI A., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, vol. XLI, 1989, p. 345.
 - PALIERO C.E., “*Materia penale*” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione classica e una svolta radicale, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1985, p. 894.
 - PANEBIANCO G., *Il riparto della competenza penale tra i “pilastri” dell’Unione europea*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 398.
 - PANUNZIO S.P., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in PANUNZIO S.P. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 8.
 - PEERS S., *Eu criminal law and the treaty of Lisbon*, in *European Law Review*, 2008, p. 507.
 - PEERS S., *EU Justice and Home Affaire Law*, Oxford, 2006.
 - PEERS S., *The European Community’s criminal law competente: The plot thickens*, in *European Law Review*, 2008, p. 399.
 - PICOTTI L., *Superamento della tecnica del “doppio testo” e tutela penale degli interessi europei*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli*

- interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 331.
- PICOTTI L., voce *Reati informatici*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. di aggiornamento VIII, Roma, 1999, 18.
 - PITTARO P., voce *Depenalizzazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. X Tomo II, Roma, 2007, p. 1.
 - POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 101.
 - PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2007.
 - PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, p. 686.
 - RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996.
 - RIONDATO S., *Legalità penale comunitaria in materia di rifiuti pericolosi*, in *Diritto penale e processo*, 1998, p. 608.
 - RIONDATO S., *Legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni. Novità dal CORPUS JURIS 2000*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2000, p. 967.
 - RIZZA C., *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in GRASSO G. (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturati*, Milano, 2007, p. 85.
 - ROMANO M., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte Costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 538.
 - SALAZAR L., *La costruzione di uno spazio comune europeo*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 406.

BIBLIOGRAFIA

- SANDULLI M.A., voce *Sanzione*, IV) *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXVIII, Roma, 1992, p. 1.
- SEVENSTER H.G., *Criminal law and EC law*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 29.
- SGUBBI F., *Diritto penale comunitario*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. IV, Torino, 1990, p. 89.
- SGUBBI F., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 1193.
- SICURELLA R., “Eppur si muove!”: *alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell’Unione europea*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 203.
- SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell’Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005.
- SICURELLA R., *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, p. 1307.
- SIEBER U., *Unificazione europea e diritto penale europeo*, in *Rivista trimestrale diritto penale dell’economia*, 1991, p. 976.
- SINISCALCO M., voce *Depenalizzazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, p. 1.
- SIRACUSA L., *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo “tassello” della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 241.
- SMITH E., *Introduction: “Sovereignty” – National and Popular*, in SMITH E. (a cura di), *National Parliaments as Cornerstones of European Integration*, London - The Hague - Boston, 1996, p. 1.
- SOTIS C. *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema europeo vigente*, Milano, 2007.

BIBLIOGRAFIA

- SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 170.
- SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela penale?*, in RUGA RIVA C. (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale. Atti delle sessioni di studio tenutosi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006*, Milano, 2007, p. 196.
- STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 646.
- SWART B., *From Rome to Maastricht and Beyond: The problem of Enforcing Community Law*, in HARDING C., SWART B. (a cura di), *Enforcing European Community Rules*, Aldershot- Dartmouth, 1996, p. 1.
- SZYSZCZAK E., A. CYGAN A., *Understanding EU law*, London, 2005.
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2005.
- TIEDEMANN K., *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993, p. 209.
- TIEDEMANN K., *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 3.
- TORRE V., *Limiti tabellari e tolleranza giuridica nelle attività rischiose*, in *Indice penale*, 2002, p. 230.
- VAGLIASINDI G.M., *Diritto penale ambientale e diretta efficacia delle direttive comunitarie*, in *Cassazione penale*, 1999, p. 269.
- VAGLIASINDI G.M., *La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, p. 960 e ss. e, 2006, p. 158.
- VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto discipline penalistiche*, Torino, vol. VIII, 1994, p. 278.
- VERVAELE J.A.E., *Fraud against the Community. The need for European Fraud Legislation*, Deventer-Boston, 1992.
- VERVAELE J.A.E., *Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative*

- Sanctions?*, in VERVAELE J.A.E. (a cura di), *Administrative Law Application and enforcement of Community Law in the Netherlands*, Deventer, 1994, p. 161.
- VERVAELE J.A.E., *European criminal law and general principles of Union Law*, in VERVAELE J.A.E. (a cura di), *European evident warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Antwerpen-Oxford, 2005, p. 131.
 - VERVAELE J.A.E., *L'applicazione del diritto comunitario: la separazione dei beni tra il primo e il terzo Pilastro?* in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1996, p. 507.
 - VERVAELE J.A.E., *Law Enforcement in Community Law within the first and the third Pillar: do they stand alone?*, in M. KOSKENNIEMI-K. TAKAMAA (a cura di), *The finish Yearbook of International law*, volume VII, Antwerpen, 1996, p. 368.
 - VERVAELE J.A.E., *El Derecho Penal Europeo. Del Derecho Penal Economico y Financiero a un Derecho Penal federal*, Ubijus, Mexico, 2006.
 - VERVAELE J.A.E., *L'europeizzazione del diritto penale e la dimensione penale dell'integrazione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, p. 129.
 - VERVAELE J.A.E., *Supranational rules governing cooperation in administrative and criminal matters*, in VERVAELE J.A.E., KLIP A. (a cura di), *European cooperation between tax customs and judicial Authorities*, The Hague-London-New York, 2002, p. 3.
 - VERVAELE J.A.E., *The europenisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration*, in DEMARET P., GOVAERE I. (a cura di), *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe*, Bruxelles, 2005, p. 286.
 - VIGANÒ F., *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di "antigiuridicità" del fatti tipico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 1062.
 - VIGANÒ F., *Norme comunitarie e riserva di legge statale in materia penale: i termini di una relazione (sempre più) problematica*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 366.

BIBLIOGRAFIA

- VIGANÒ F., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Diritto penale e processo*, 2005, p. 1433.
- VILLANI U., *I “controlimiti” nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*; in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 20 Aprile 2007*, Milano, 2008, p. 479.
- VILLANI U., *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell’Uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, 2004, p. 73.
- WHITE S., *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, in *European Law Review*, 2006, p. 82.
- ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, dattiloscritto delle lezioni tenute per il corso di diritto penale comparato della Facoltà di giurisprudenza della Università degli Studi di Bologna nel mese di aprile 2008.