UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE"

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE

"TULLIO ASCARELLI"

SEZIONE "SISTEMI PUNITIVI E GARANZIE COSTITUZIONALI"

AREA "DIRITTO PENALE" (XXVII CICLO)

Tesi di Dottorato

VERSO LA EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO PENALE?

Coordinatore e Tutor:

Chiar.mo Prof. Mario Trapani

Dottoranda:

Dott.ssa Cristina Liverani

ANNO ACCADEMICO 2015/2016

A Jerry e Pinta

INDICE

Introduzione..... I

CAPITOLO I

IL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEO: GENESI ED EVOLUZIONE

1. *Il graduale processo di europeizzazione del diritto: l'Europa dei piccoli passi e il sistema CEDU.* 1

2. *L'avvio del processo di erosione del carattere statuale dei sistemi penali europei* 16

3. *Dal modello kelseniano alla logica della "rete": il giudice nel labirinto penale* 30

CAPITOLO II

IL DIRITTO PENALE SECONDO L'UNIONE EUROPEA

1. La nascita dei beni giuridici europei 42

2. Sulla potestà penale diretta in capo alle Istituzioni europee prima del Trattato di Lisbona..... 61

3. Il sistema sanzionatorio amministrativo di origine europea. La tutela diretta dei beni giuridici europei 77

4. I c.d. effetti riflessi del diritto europeo sul diritto penale interno. L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione. 82

4.1. Sulla possibile estensione al reato di peculato della confisca per equivalente del profitto.. 90

4.2. Il caso Pupino. 94

5. Ancora sugli effetti riflessi. La preminenza del diritto dell'Unione europea e l'incidenza dell'ordinamento sovranazionale sugli istituti giuridici penali di diritto interno..... 101

5.1. La configurazione di cause di giustificazione da parte del legislatore europeo. Il caso Auer. 104

5.2. Incompatibilità totale in bonam partem. *Applicazione in tema di immigrazione clandestina (il caso El Dridi).* 107

5.3. L'incompatibilità parziale. Il caso Trinca. 113

5.4. Gli effetti in malam partem della sentenza Taricco. 119

5.5. Retroattività della lex mitior vs. primautè *del diritto europeo. Il caso Berlusconi vs. il caso Niselli.* 123

5.6. L'influenza del diritto europeo sulle sanzioni penali previste negli ordinamenti nazionali. 133

6. Dalla tecnica dell'assimilazione sino agli obblighi comunitari di tutela penale: la tutela indiretta dei beni giuridici europei ed il ruolo della Corte di Lussemburgo nella costruzione di un diritto penale europeo. 137

7. La competenza penale dell'Unione europea secondo il Trattato di Lisbona. L'art. 83 TFUE e l'istituzione della Procura europea (art. 86 TFUE). 151

CAPITOLO III

IL DIRITTO PENALE SECONDO IL SISTEMA CEDU

1. L'ingresso della CEDU nell'ordinamento italiano e la giurisprudenza-fonte della Corte di Strasburgo. 167

2. La concezione autonomista dei reati e delle pene elaborata dalla Corte di Strasburgo nell'ambito della interpretazione dell'art. 7 CEDU. 177

2.1. La confisca urbanistica 181

2.2. La "tormentata" natura della confisca ex artt. 186 e 187 C.d.S. e la sua inapplicabilità nel caso di veicolo oggetto di un contratto di leasing. 203

3. Il rapporto tra illecito penale ed illecito amministrativo. Ne bis in idem processuale. La sentenza Grande Stevens. 210

4. I valori della accessibilità e della prevedibilità quali condizioni essenziali ai fini del rispetto del principio di legalità. 219

4.1. Il tentativo di rapina impropria. 221

4.2. Il caso Contrada 225

5. La retroattività della legge penale più favorevole. Il caso Scoppola. 232

5.1. I fratelli minori di Scoppola. 240

6. Nuove incriminazioni di fonte giurisprudenziale. 250
7. Sulla applicazione retroattiva dei mutamenti giurisprudenziali favorevoli. 255

Considerazioni conclusive 261
Bibliografia 272

INTRODUZIONE

Soprattutto negli ultimi anni si è assistito ad un incessante, quanto inevitabile, ingerirsi del diritto europeo nei singoli sistemi nazionali. Prima ancora di chiedersi se sia ammissibile nel nostro ordinamento tale compenetrazione con particolare riguardo alla materia penale, bisogna considerare che il fenomeno in esame non è limitato al solo diritto dell'Unione europea riconducibile ai Trattati isitutivi di Roma, ma anche al sistema CEDU, costituito dalla normativa della Convenzione così come interpretata dalla Corte di Strasburgo.

Per tale ragione, il presente lavoro si divide in tre capitoli di cui uno introduttivo sulla evoluzione del diritto europeo, mentre i restanti due sono incentrati sulla analisi della legalità penale così come concepita rispettivamente dalle istituzioni europee e dal sistema convenzionale. L'obiettivo è quello di meglio evidenziare le diverse strade e i diversi "*escamotage*" elaborati dalle istituzioni dell'Unione e dal sistema CEDU nell'intento di "europeizzare" il diritto penale, da sempre ritenuto monopolio degli Stati sovrani in forza del noto principio di legalità e, ancor più nel dettaglio, del corollario della riserva di legge statale.

Il *deficit* di democraticità che caratterizza l'*iter* di formazione degli atti normativi delle istituzioni europee e l'assenza, nei trattati istitutivi, di un qualunque riferimento al diritto penale non sono bastati a frenare il processo di europeizzazione dello *ius puniendi*. Al contrario, può dirsi che la materia *de qua* non solo ha ben presto rivelato la sua fisiologica permeabilità rispetto alle forze motrici del processo di integrazione europea, ma ha altresì registrato una graduale, quanto incessante, attrazione nelle dinamiche del progetto dell'Unione.

Ed allora, non deve stupire il fatto che proprio in reazione alle forme di aggressione agli interessi finanziari europei – da cui dipende il funzionamento e, quindi, l'esistenza stessa dell'Unione – si sono segnate le più importanti tappe dell'avanzamento del diritto penale europeo. Basti pensare alla famosa sentenza del "mais greco-jugoslavo", all'approvazione del regolamento 2988/98/CE e,

ancor di più, al c.d. *Corpus Juris*, elaborato da un gruppo internazionale di esperti coordinato da Mireille Delmas-Marty su iniziativa del Parlamento UE. Peraltro, l'idea di istituire la figura del procuratore europeo, nata con questo ambizioso progetto, è stata ripresa nel Trattato di Lisbona che, peraltro, nel ridisegnare le nuove competenze dell'Unione, ha indubbiamente segnato diversi passi in avanti verso la discussa europeizzazione del diritto penale.

Ci si chiede, allora, se l'introduzione ad opera del Trattato di Lisbona della procedura legislativa ordinaria e i "nuovi" artt. 83 e 86 TFUE, unitamente alle pronunce della Corte di Lussemburgo intervenuta più volte in materia, possano legittimare l'intervento delle istituzioni europee nel diritto penale. È stata dunque espugnata la cittadella fortificata della riserva di legge nazionale in materia penale?

Nel tentativo di rispondere a questo interrogativo, nella presente trattazione non ci si è unicamente soffermati a valutare l'ammissibilità di una competenza penale diretta dell'Unione, essendo risultato necessario altresì verificare se i c.d. effetti riflessi dell'Unione – congegnati dalla Corte di Giustizia UE in numerose sue pronunce al fine di "aggirare l'ostacolo" rappresentato dalla legalità penale statale – di fatto siano assimilabili ad una vera e propria potestà punitiva europa. Ci si riferisce, in particolare, all'incidenza dell'ordinamento sovranazionale sugli istituti giuridici penali di diritto interno: dalla previsione europea di cause di giustificazione alla incompatibilità totale e parziale, sia essa *in bonam* che *in malm partem*, tra norme nazionali e norme europee.

Se queste sono le problematicità legate al diritto dell'Unione, discorso diverso deve essere fatto avuto riguardo al sistema CEDU. È innegabile che la giurisprudenza dei giudici di Strasbrugo sia divenuta negli anni una vera e propria giurisprudenza-fonte, meglio conosciuta nei paesi di *common law*, ma inevitabilmente confliggente con gli Stati di *civil law*, come il nostro, in cui il diritto penale, peraltro, è affidato – come detto – al monopolio del legislatore.

La Corte EDU ha elaborato, infatti, una concezione autonomista dei reati e delle pene, legata ad una nozione sostanzialistico-funzionale di "materia penale", che sta inevitabilmente scardinando il sistema nostrano, tanto da essere ritenuta – almeno per i giudici europei – il perno attorno al quale ruota la

europeizzazione del diritto penale. Ecco allora che, giocoforza, si regstra un vivace scontro tra le Corti italiane e quella di Strasburgo: le prime tese a difendere il proprio potere e la propria egemonia circa le sorti degli istituti penali nazionali, la seconda bramosa di ritagliarsi sempre più spazi di manovra nel diritto penale, smascherando quella truffa delle etichette tanto nota nel nostro ordinamento e che alle volte ha portato anche alla violazione del principio del *ne bis in idem*. Basta pensare, per tutti, alle note vicende sul caso Punta Perotti e alla sentenza Grande Stevens.

Ciò considerato, è corretto ritenere ancora che le garanzie legalitarie statali, quantomeno in materia penale, siano una conquista irrinunciabile della cultura giuridica occidentale? Se al quesito si pensa di dare una risposta negativa, quali garanzie assicura maggiormente l'europeizzazione dello *ius puniendi* rispetto alla tutela approntata dagli ordinamenti dei singoli Stati membri?

CAPITOLO I

IL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEO: GENESI ED EVOLUZIONE

SOMMARIO: 1. *Il graduale processo di europeizzazione del diritto: l'Europa dei piccoli passi e il sistema CEDU*. – 2. *L'avvio del processo di erosione del carattere statuale dei sistemi penali europei*. – 3. *Dal modello kelseniano alla logica della "rete": il giudice nel labirinto penale*.

1. *Il graduale processo di europeizzazione del diritto: l'Europa dei piccoli passi e il sistema CEDU.*

La costruzione europea – nata sulle rovine della II Guerra mondiale, con l'obiettivo di promuovere la collaborazione economica tra gli Stati, valorizzando il principio secondo cui il commercio produce un'interdipendenza capace di ridurre i rischi di conflitti – è segnata da diverse tappe storiche che si snodano lungo un processo graduale di "europeizzazione", fondato sulla delega di sovranità da parte dei singoli Stati membri in settori specifici, secondo la nota concezione dell'Europa dei piccoli passi[1].

Dalle iniziali forme di cooperazione intergovernativa[2], si è dato avvio al c.d. metodo comunitario[3], che rappresenta il punto di svolta nell'assetto delle

[1] «L'Europa non potrà farsi una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto. L'unione delle nazioni esige l'eliminazione del contrasto secolare tra la Francia e la Germania: l'azione intrapresa deve concernere in prima linea la Francia e la Germania» (Robert Schuman, 9 maggio 1950).

[2] Il metodo della cooperazione intergovernativa, diffusosi nel periodo immediatamente successivo alla fine del secondo conflitto mondiale, costituisce il modello tradizionale di integrazione europea. Si manifesta come forma di collaborazione in settori determinati tra alcuni Stati dell'Europa, le cui prerogative sovrane rimangono salvaguardate. Ciò si riflette inevitabilmente sull'assetto istituzionale delle organizzazioni di cooperazione, in particolare con riferimento alla composizione degli organi, ai meccanismi decisionali e alla portata degli atti da essa adottati. Nello specifico, gli organi sono composti dai rappresentanti degli Stati di appartenenza, in conformità alle direttive impartite dagli organi politici nazionali; le decisioni

relazioni di collaborazione tra gli Stati europei e le cui origini risalgono alla dichiarazione del Ministro degli Esteri francese, Robert Schuman, resa nel 1950 a Parigi con l'intento di promuovere la costruzione di un'Europa «organizzata e vitale», quale condizione indispensabile per il «mantenimento di relazioni pacifiche», basata sulla creazione di una «solidarietà di fatto» tra gli Stati, ispirata ad una logica di unione e non di mera cooperazione.

Il modello comunitario – concretizzatosi con l'istituzione di tre Comunità europee in settori determinati (CECA[4], CEEA o Euratom[5] e CEE) – nel corso

---

sono adottate in base al principio di unanimità dei consensi e, dunque, l'opposizione di un Paese membro si configura come esercizio del diritto di veto, idonea a paralizzare l'adozione della deliberazione; gli atti adottati sono privi di effetti diretti nell'ordinamento interno degli Stati membri, assumendo generalmente la forma delle raccomandazioni. Il metodo della cooperazione intergovernativa ha trovato applicazione nel settore militare (UEO e NATO) e nel campo economico (OECE) e, come si dirà in seguito, ha portato all'istituzione del Consiglio d'Europa. Sul metodo della cooperazione intergovernativa, v. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea, dal Piano Schuman al progetto di Costituzione per l'Europa*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1 ss.

[3] Il metodo comunitario si caratterizza per: la composizione degli organi comunitari, costituiti in prevalenza da soggetti indipendenti, che agiscono nell'interesse generale della Comunità, anziché come rappresentanti degli Stati membri di provenienza; la composizione delle istituzioni, i cui membri sono i rappresentanti degli Stati membri (in particolare, il Consiglio) che deliberano generalmente secondo il criterio della maggioranza; l'adozione di atti vincolanti nei confronti degli Stati membri, in alcuni casi suscettibili peraltro di applicazione diretta ed immediata negli ordinamenti nazionali; il sistema di controllo giurisdizionale di legittimità a cui sono sottoposti gli atti.

[4] La Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) venne istituita a seguito della firma del Trattato di Parigi del 18 aprile 1951 tra sei Stati europei (Francia, Germania, Paesi Bassi, Belgio, Lussemburgo, Italia). Il Trattato prevedeva la creazione di un mercato comune del carbone e dell'acciaio, mediante il divieto di pratiche restrittive della concorrenza e la costituzione di una zona di libero scambio tra i Paesi membri, da perseguire attraverso l'abolizione dei dazi doganali internali e la soppressione di qualsiasi limitazione alle importazioni e alle esportazioni di prodotti tra gli Stati aderenti. Dal punto di vista istituzionale, la CECA era composta da quattro organi: l'Alta Autorità; il Consiglio dei Ministri; l'Assemblea comune; la Corte di Giustizia. L'Alta Autorità, prevista nella dichiarazione Schuman, era un organo indipendente, deputato alla gestione del settore carbo-siderurgico, i cui atti avevano efficacia vincolante nei confronti degli Stati membri e dei soggetti operanti nel territorio nazionale. Il Consiglio dei Ministri, composto dai rappresentanti degli Stati membri, aveva una competenza meramente consultiva, emanando atti (*rectius*, pareri) vincolanti in materie determinate, ove era previsto che l'Alta Autorità deliberasse su parere conforme del Consiglio. L'Assemblea comune, avente anch'essa funzioni consultive, riuniva i rappresentanti dei Parlamenti nazionali, mentre la Corte di Giustizia era un organo di controllo giurisdizionale, deputato alla verifica di legittimità degli atti e dei comportamenti delle istituzioni comunitarie. L'importante contributo offerto dal modello di integrazione comunitaria nel settore carbo-siderurgico spinse gli stati fondatori della CECA ad estendere il metodo comunitario ad un altro settore, di importanza nevralgica per le singole nazioni: la difesa. Nel maggio del 1952 venne così firmato a Parigi il Trattato istitutivo della CED (Comunità europea di Difesa), che prevedeva che il comando unificato delle forze armate degli Stati membri venisse affidato ad un organo indipendente, il Commissariato. Il Trattato, tuttavia, non entrò in vigore a causa del rifiuto di ratifica da parte della Francia. Il fallimento del progetto relativo alla istituzione della CED segnò una momentanea battuta di arresto nel processo di integrazione europea secondo il metodo comunitario.

degli anni ha visto riconoscersi una sua progressiva valorizzazione, le cui linee di sviluppo corrispondono ad una serie di tappe intermedie, identificabili storicamente nell'adozione di Trattati[6] diretti alla revisione degli atti istitutivi. Tra questi, è bene ricordare il Trattato di Maastricht del 1992 che, tra l'altro, ha sancito la nascita dell'Unione europea, quale entità nuova articolata in tre pilastri[7]: mentre il primo pilastro era formato dalle tre Comunità[8], il secondo, invece, si riferiva ai settori della politica estera e della sicurezza (PESC); al contrario, rientravano nel terzo pilastro i settori della giustizia e degli affari interni (GAI), oggetto di cooperazione tra i Paesi aderenti secondo l'adozione di posizioni e azioni comuni da parte dei Governi nazionali.

---

[5] Il rapporto Spaak ha rappresentato la base giuridica per l'elaborazione dei Trattati di Roma, firmati il 25 marzo 1957 tra i sei Stati membri della CECA, che istituirono la Comunità Economica Europea (CEE) e la Comunità Europea dell'Energia Atomica (CEEA o Euratom). Finalità precipua del Trattato CEEA o Euratom è stata la creazione di un ente dotato di poteri di controllo e di indirizzo politico nello specifico settore dell'energia nucleare, considerato che in quel determinato periodo storico, a fronte della generalizzata carenza delle forme di energia tradizionale, gli Stati si erano orientati verso l'energia nucleare, vista come strumento idoneo al conseguimento dell'indipendenza energetica. In tale prospettiva, la costituzione dell'Euratom consentiva ai Paesi fondatori di affrontare i costi di investimento dell'energia nucleare, altrimenti insostenibili per i singoli Stati, assicurando a tutti gli Stati membri la possibilità di trarre beneficio dallo sviluppo dell'energia atomica e garantendo, così, la sicurezza dell'approvigionamento. Allo stesso tempo, la CEEA assicurava che le materie nucleari destinate a finalità civili non venissero utilizzate per scopi militari.

[6] Si fa riferimento all'Atto Unico europeo (1986), al Trattato di Maastricht o Trattato sull'Unione europea (1992), al Trattato di Amsterdam (1997) e al Trattato di Nizza (2000).

[7] L'impianto europeo era paragonato, in senso figurato, ad un tempio greco, composto da un frontone sorretto da tre pilastri: il frontone rappresentava le disposizioni comuni contenute nel TUE (in particolare, l'art. 4 TUE sul Consiglio Europeo), mentre il pronao era costituito dalle disposizioni finali (in particolare, dall'art. 48 sulla procedura di revisione dei trattai e dall'art. 49 sulla procedura di adesione di nuovi Stati). I tre pilastri si distinguevano in base al metodo di funzionamento: il primo pilastro era governato dal metodo comunitario, mentre il secondo e il terzo pilastro erano regolati da una logica di cooperazione tra gli Stati secondo il modello intergovernativo, fondato sull'adozione di azioni comuni, che postulava la permanenza della materia nella competenza esclusiva degli Stati membri. Ciononostante, i tre pilastri condividevano un quadro istituzionale unico (v. art. 3, co. 1, TUE): le istituzioni comunitarie, infatti, operavano nell'ambito di tutti e tre i pilastri, esercitando tuttavia ruoli diversi a seconda del pilastro in cui erano chiamate a svolgere la propria funzione (in particolare, nel secondo e terzo pilastro le decisioni del Consiglio non erano assunte a maggioranza, il ruolo della Commissione era meno incisivo, mentre quello del Parlamento era estremamente ridotto). L'architettura fondata sui tre pilastri era il risultato di una soluzione di compromesso politico tra i fautori del metodo comunitario ed i sostenitori del modello della cooperazione intergovernativa: si era scelto di non includere determinate materie nella sfera di competenza comunitaria ma di affidarle comunque alla cooperazione tra gli Stati, fondata sull'adozione di una direzione comune, esterna all'impianto comunitario in quanto condotta secondo regole e modalità diverse dal metodo comunitario, tuttavia collegata in ragione del coinvolgimento delle istituzioni comunitarie e dell'applicazione di disposizioni comuni.

[8] Ovvero dalla CECA, dall'Euratom e dalla CEE, che muta la sua denominazione in Comunità europea (o CE).

Di grande rilievo sono, poi, le modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam[9], le più importanti delle quali sono: la "comunitarizzazione" di alcune materie concernenti il settore della giustizia e degli affari interni[10] la cui denominazione, in conseguenza della riduzione dei settori di pertinenza del terzo pilastro, è stata sostituita con quella di "cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale"; l'istituzionalizzazione della procedura della cooperazione rafforzata, che corrisponde al fenomeno noto come "Europa a più velocità"[11], evocante l'esistenza di forme di integrazione differenziata tra gli Stati membri dell'Unione; il rafforzamento dei poteri del Parlamento europeo, estendendo l'ambito applicativo della procedura di codecisione, introdotta con il Trattato di Maastricht e di cui si parlerà più approfonditamente nel prosieguo della trattazione in materia di potestà penale diretta dell'Unione.

Il percorso di integrazione europea, arrestatosi a causa del fallimento del progetto di Costituzione europea[12], è proseguito con la firma del Trattato di

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

[10] Visti, diritto di asilo, immigrazione e circolazione dei cittadini di Stati terzi.

[11] Talvolta denominato "Europa a geometria variabile".

[12] Ci si riferisce al Trattato che istituisce la c.d. Costituzione europea, firmato a Roma il 29 ottobre 2004 dai Capi di Stato e di Governo degli Stati aderenti all'Unione e "naufragato" a seguito dei referendum e della conseguente mancata ratifica da parte della Francia e dell'Olanda. Le origini del progetto di Costituzione europea risalgono alla Dichiarazione sul futuro dell'Unione (allegata al Trattato di Nizza) e alla Dichiarazione di Laeken, sottoscritta nel dicembre 2001, che definiva in maniera più puntuale gli obiettivi di riforma dell'Unione indicati nella Dichiarazione di Nizza. La Dichiarazione di Laeken prevedeva, infatti, la creazione di una apposita Convenzione, ovvero di una istituzione, di carattere straordinario e di durata temporanea, composta dai principali partecipanti al dibattito sul futuro dell'Unione, al quale demandare il compito di esaminare le questioni principali riguardanti l'avvenire dell'Unione e di studiare le diverse soluzioni possibili. La Convenzione concluse il suo mandato presentando un progetto di Trattato istitutivo di una Costituzione per l'Europa che tuttavia, come sopra accennato, si arrestò a causa del mancato completamento delle procedure (interne a ciascuno Stato membro) necessarie alla ratifica del Trattato: oltre la metà degli Stati membri si avviò verso una positiva conclusione della procedura di ratifica, mentre la Francia e i Paesi Bassi si ritrovarono in una situazione di stallo dovuta all'esito negativo dei referendum popolari (cui la ratifica risulta condizionata alla luce dell'ordinamento interno di tali Stati) che indusse altri Stati membri a sospendere le procedure di ratifica. Il Consiglio europeo, riunito a Bruxelles nel giugno 2005, decise pertanto di sospendere il progetto di Costituzione, invocando l'esigenza di un periodo di riflessione finalizzato alla ricerca di soluzioni alternative. Le ragioni del fallimento del progetto sono essenzialmente riconducibili al timore di alcuni Stati di subire eccessive compressioni alla propria sovranità nazionale, legato in particolare alla denominazione del trattato di riforma ("Costituzione"), interpretata come elemento di rottura del processo di integrazione europea in quanto evocativa del carattere "superstatuale" dell'Unione, assimilabile al modello di Stato federale o alla Federazione di Stati. Tuttavia, giova precisare che, nonostante la denominazione utilizzata (Costituzione europea), il testo sottoscritto dagli Stati membri si presentava come un trattato, peraltro simile a quelli sino ad allora adottati. L'unica novità

Lisbona avvenuta il 13 dicembre 2007, in forza del quale «l'Unione […] sostituisce e succede alla Comunità europea», per effetto della soppressione della costruzione a tre pilastri[13]. A seguito del Trattato di Lisbona, che ha modificato il Trattato sull'Unione europea (TUE) e novellato il Trattato istitutivo della Comunità europea – che ha mutato la sua denominazione in Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) – l'Unione è divenuta un ente unitario, espressamente dotato di personalità giuridica, privo tuttavia del carattere statuale.

Nonostante le novità introdotte nel 2009, l'Unione resta una realtà distinta dallo Stato federale, sebbene conservi una connotazione autonoma e originale rispetto alle tradizionali organizzazioni internazionali, rappresentata – come sopra accennato – dalla progressiva cessione, in favore della stessa, di settori o porzioni di sovranità nazionale ad opera degli Stati membri. L'Unione si configura, pertanto, come una organizzazione internazionale di carattere

---

consisteva nella tecnica di revisione utilizzata, essendo stata prevista l'abrogazione formale di tutti i trattati precedenti e la loro sostituzione con il testo della Costituzione, mentre nelle precedenti esperienze di riforma la revisione veniva realizzata mediante l'introduzione di modifiche al testo degli originari trattati istitutivi.

[13] Il trattato di Lisbona – che *ex* art. 2 ha modificato il Trattato sull'Unione europea (TUE) del 7 febbraio 1992 e il Trattato che istituì la Comunità europea, ridenominato "Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) – è un Trattato di revisione di diritto internazionale, al pari dell'Atto Unico europeo e dei Trattati di Maastricht, Amsterdam e Nizza, che ha introdotto una riforma radicale del sistema sino ad allora esistente, abolendo la struttura a pilastri dell'Unione europea e conferendole formalmente personalità giuridica. Tenuto conto dell'esito negativo del referendum tenuto in Francia e nei Paesi Bassi il 29 maggio e il 1° giugno 2005, il Trattato di Lisbona – pur ricalcando nei punti essenziali il testo del Trattato costituzionale – si è "proposto" in una versione "meno enfatica" del Trattato costituzionale del 2004, rinunciando espressamente al progetto costituzionale, che consisteva nell'abrogazione di tutti i Trattati esistenti e nella loro sostituzione con un testo denominato "Costituzione". In questa linea, il Ministro degli esteri ha cambiato denominazione in "Alto rappresentante per la politica estera e di difesa"; i termini "legge" e "legge quadro" sono stati abbandonati; il procedimento di codecisione (tra Parlamento e Consiglio europeo) è stato denominato "procedura legislativa ordinaria", distinta rispetto alla "procedura legislativa speciale". In dottrina, v. E. APRILE–F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2009; A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost*., 2009, p. 37 ss.; SOTIS C., I*l Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. Pen*., 2010, p. 1146 ss.; SOTIS C., *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in P. BILANCIA – M. D'AMICO (a cura di), *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 137 ss.; U. GUERINI, *Il diritto penale dell'Unione europea. La normativa, la dottrina, la giurisprudenza europea in materia penale e la cooperazione giudiziaria*, Giappichelli, Torino, 2008, *passim*; L. DANIELE, *Trattato di Lisbona: addio all'idea federalista per superare gli ostacoli degli euroscettici*, in *Guida al dir.,* 2007, n. 6, p. 11 ss.; B. NASCIMBENE, *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, in *Il Corriere giur*., 2008, p. 137 ss. In particolare, per quanto concerne le principali novità relativamente allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, cfr. M. CASTELLANETA, *Si riducono i tempi per l'adozione degli atti di cooperazione penale*, in *Guida al Dir*., 2007, n. 6, p. 18 ss.

speciale, essendo titolare di una sua sovranità, se pure parziale e limitata in forza del principio di attribuzione da parte degli Stati membri[14].

Parallelamente alla nascita del diritto dell'Unione europea, in questi anni si è assistito alla creazione e all'incessante sviluppo – per vero, soprattutto nell'ultimo decennio – del c.d. sistema CEDU, ove con tale espressione si intende fare riferimento tanto alla Convenzione europea per la salvaguardia dei

[14] *Ex* art. 5 TUE, le competenze dell'Unione europea sono regolate dal principio di attribuzione secondo cui «l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati e per realizzare gli obiettivi da questa stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agi Stati membri». La norma, introdotta dal Trattato di Maastricht, è stata modificata in misura sostanziale dal Trattato di Lisbona, al fine di colmare le lacune in materia di riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri e di eliminare, in tal modo, i possibili conflitti nell'esercizio dei relativi poteri, in conformità a quanto richiesto dalla Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Europa del 15 dicembre 2001. Nello specifico, il Trattato di Lisbona, nel ridisegnare il quadro delle competenze, mediante il richiamo al par. 1 dell'art. 5 TUE dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, ha assicurato che tale riassetto non si traducesse «in un ampliamento strisciante delle competenze dell'Unione, oppure in un'interferenza in settori di competenza esclusiva degli Stati membri». Infatti, in base alla nuova articolazione delle competenze, l'azione dell'Unione è relegata a determinati settori tassativamente indicati, in guida da evitare qualsiasi sconfinamento da parte delle istituzioni europee. È evidente che, così congegnato, il nuovo assetto di competenze, perseguendo l'obiettivo di proteggere le sfere di sovranità nazionali, rappresenti una vera e propria inversione di tendenza rispetto alle previsioni del passato che, in quanto generiche, avevano favorito, nella prassi delle istituzioni, le forti spinte espansionistiche delle competenze dell'Unione. La competenza delle istituzioni europee, infatti, non può essere presunta, dovendo essere di volta in volta ricostruita sulla base dei trattati per individuare a quali parti di sovranità gli Stati membri hanno voluto rinunciare ed entro quali limiti compete all'Unione esercitarla. In particolare, come affermato da Corte Giust., 9 luglio 1987, cause riunite 281, 283-285 e 287/85, Germania e a. c. Commissione, p. 3203 ss., tra le competenze attribuite all'Unione vanno annoverate sia quelle a cui il Trattato fa espresso riferimento sia a quelle cui è fatto implicito rinvio (cfr. anche Corte Giust. UE, 3 luglio 1974, causa 9/74, Casagrande, 773; Corte Giust. UE, 9 luglio 1987, cause riunite 281, 283-285 e 287/85, Germania e a. c. Commissione, p. 3203 ss.; Corte Giust. UE, 7 luglio 1992, causa C-295/90, Parlamento c. Consiglio, I-4193). Infine, la competenza dell'Unione europea può essere riconosciuta anche in forza dell'art. 352 TFUE (c.d. clausola di flessibilità) che disciplina una formale procedura per l'ampliamento dei poteri dell'Unione che, seppur non espressamente attribuiti con l'atto istitutivo, sono tuttavia necessari per il raggiungimento dei fini assegnati all'organizzazione dal Trattato istitutivo. Al di fuori dei casi indicati, non sussiste la competenza dell'Unione ma quella degli Stati membri. Peraltro, la competenza limitata dell'Unione è ribadita in altre disposizioni dei trattati. Si pensi, in particolare, agli artt. 3, par. 6 e 5, par. 2 TUE, ma anche alla Carta di Nizza ove è stabilito che le sue disposizioni «non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati». Ad abundantiam, nella Dichiarazione 18 allegata al Trattato di Lisbona («Dichiarazione relativa alla delimitazione delle competenze») è ribadito che qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartenga agli Stati membri e, specificando il senso e la portata della norma in commento, è stabilito che nei settori di materia concorrente, gli Stati «esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria o ha deciso di cessare di esercitarla». A tal riguardo, è chiarito che questa ipotesi può verificarsi qualora le istituzioni europee decidano di abrogare un atto legislativo, al fine di assicurare il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[15], quanto alla interpretazione che di essa è data dalla capillare giurisprudenza della Corte di Strasburgo[16]. La Convenzione, firmata a Roma il 4 novembre 1950, è stata concepita in seno al Consiglio d'Europa[17] in funzione della integrazione europea nel settore della

[15] La Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è stata sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 dai 12 stati al tempo membri del Consiglio d'Europa (Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Svezia, Turchia) ed è entrata in vigore in Italia il 26 ottobre 1955 con Legge 4 agosto 1955, n. 848. Tuttavia, è solo dopo le c.d. sentenze gemelle della Consulta (Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in Giur. Cost., 2007, p. 3475 ss. e Corte Cost., 27 ottobre 2007, n. 349, in Giur. Cost., 2007, p. 3535 ss.) che la cogenza della Convenzione nell'ordinamento italiano si è rafforzata. V., per tutti, AA.VV., *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, *Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*. Atti del Seminario (Ferrara, 9 marzo 2007), Giappichelli, Torino, 2007, *e-book*. Sulla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali v. *amplius* cap. III della presente trattazione.

[16] Cfr., in giurisprudenza, Corte. Cost., 24 ottobre 2007, n. 349, par. 6, in Giur. Cost., 2007, p. 3535 ss.: «Le norme CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea». In dottrina, cfr. P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1998, p. 25 ss.; M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. Dir.*, 2001, p. 664 ss.; M. DELMAS MARTY, *Pour un droit commun.*, Parigi, 1998, p. 158 ss.; DE SCHUTTER, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, un essai de demolition*, in *Revue de droit international des sciences diplomatiques et politiques*, 1992, p. 83 ss.

[17] Il Consiglio d'Europa è una organizzazione internazionale fondata il 5 maggio 1949 a seguito della firma del Trattato di Londra da parte di dieci Stati dell'Europa occidentale (Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Svezia, Turchia), ha sede istituzionale a Strasburgo e conta oggi 47 Stati membri che si impegnano ad «accettare il principio della preminenza del diritto e quello in virtù del quale ogni persona, posta sotto la sua giurisdizione, deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». I principali organi del Consiglio d'Europa sono: il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (nel quale siedono i Ministri degli esteri degli Stati membri o i loro rappresentanti permanenti), il Segretariato (con a capo un Segretario Generale del Consiglio dell'Unione europea), l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (organo parlamentare formato dai rappresentanti dei Parlamenti degli Stati membri, che esprime voti e raccomandazioni al Comitato dei Ministri) e il Congresso dei poteri locali e regionali. Il Consiglio d'Europa non fa parte dell'Unione europea e non va confuso con organi di quest'ultima, quali il Consiglio dell'Unione europea o il Consiglio europeo. Gli Stati geograficamente europei che non fanno parte del Consiglio d'Europa sono soltanto due: il Vaticano (che rimane volontariamente al di fuori delle organizzazioni internazionali) e la Bielorussia (a cui è stato negato l'ingresso per mancanza di democrazia). Cinque Stati del Consiglio non fanno parte dell'Europa geografica: Georgia, Armenia, Azerbaigian, Cipro, Turchia. Il principale strumento di azione del Consiglio d'Europa consiste nel predisporre e favorire la conclusione di convenzioni internazionali tra gli Stati membri, spesso aperte anche all'adesione di Stati terzi. Si tratta, dunque, di atti la cui entrata in vigore è subordinata alla ratifica da parte degli Stati aderenti, secondo le disposizioni costituzionali di ciascun Paese firmatario. Sono numerose le convenzioni concluse nell'ambito del Consiglio d'Europa, spaziando nei settori più svariati: dalla Convenzione europea di estradizione (1957) alla Carta sociale europea (1961), dalla Convenzione relativa alla conservazione della vita selvaggia e dell'ambiente naturale in Europa (1979) alla Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera (1989). Lo strumento di gran lunga più rilevante e conosciuto è indubbiamente la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950.

cooperazione politica, culturale e sociale[18], comprendendo un catalogo di diritti dell'uomo comune a tutti gli Stati contraenti, la verifica del rispetto dei quali da parte dei Paesi membri è affidata, dopo gli emendamenti apportati dal protocollo n. 11[19], alla Corte di Strasburgo.

Il sistema CEDU, unitamente al diritto comunitario (*rectius*, dell'Unione europea), ha contribuito al processo di progressiva europeizzazione del diritto. Si

[18] Il Consiglio d'Europa è una organizzazione con compiti e obiettivi assai ampi: conseguire un'unione più stretta tra i suoi membri; salvaguardare ed attuare gli ideali e i principi che costituiscono il loro patrimonio comune; facilitare il loro progresso economico e sociale; promuovere la democrazia, i diritti dell'uomo, l'identità culturale europea e la ricerca di soluzioni ai problemi sociali in Europa. Dopo il 1989 il Consiglio d'Europa, divenuto modello politico e custode dei diritti dell'uomo per le democrazie post-comuniste d'Europa, da un lato ha assistito i paesi dell'Europa centrale e orientale - al fine di attuare e consolidare le riforme politiche, legislative e costituzionali, parallelamente alle riforme economiche – e dall'altro ha fornito competenze in settori quali i diritti dell'uomo, la democrazia locale, l'educazione, la cultura, l'ambiente. Il nuovo mandato politico dell'Organizzazione è stato definito durante il Vertice del Consiglio d'Europa, svoltosi a Vienna nell'ottobre 1993, in cui i Capi di Stato e di Governo hanno stabilito che il Consiglio d'Europa dovesse rivestire il ruolo di garante della sicurezza democratica basata sul rispetto dei diritti dell'uomo, dello Stato di diritto e della democrazia. Al Vertice di Strasburgo, nell'ottobre 1997, i Capi di Stato e di governo hanno adottato un piano d'azione volto a rafforzare le attività del Consiglio d'Europa in quattro settori: democrazia e diritti dell'uomo, coesione sociale, sicurezza dei cittadini, valori democratici e diversità culturale. Il Terzo Vertice dei Capi di Stato e di Governo del Consiglio d'Europa, svoltosi a Varsavia il 16 e 17 maggio 2005, si è concluso con l'adozione di una Dichiarazione politica e di un Piano d'Azione che stabiliscono i compiti principali dell'Organizzazione per gli anni successivi: promuovere i valori fondamentali comuni come i diritti dell'uomo, lo Stato di diritto e la democrazia; rafforzare la sicurezza degli europei combattendo in particolar modo il terrorismo, il crimine organizzato e il traffico di esseri umani; sviluppare la cooperazione con altre organizzazioni internazionali ed europee.

[19] Il Protocollo n. 11, entrato in vigore il 1° novembre 1998 (ratificato dall'Italia con L. 28 agosto 1997, n. 296), ha trasformato radicalmente il sistema di controllo della tutela dei diritti dell'uomo delineato dalla Convenzione di Roma, procedendo alla fusione della Commissione (organo istruttorio) e della Corte (organo d'istanza) in un unico organo: la Corte unica. Tale riforma si è resa indispensabile in seguito alla constatazione che l'ormai accresciuto numero di ricorsi pendenti innanzi alla Commissione (frutto anche del moltiplicarsi degli Stati aderenti) non poteva più essere esaminato speditamente con le precedenti procedure. La nuova Corte è competente a giudicare sui ricorsi presentati sia dagli Stati membri che dagli individui relativi a controversie sorte in merito all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione. La Corte europea dei diritti dell'uomo è composta di un numero di giudici pari a quello degli Stati firmatari della Convenzione. Si suddivide in quattro sezioni, la cui composizione, fissata per tre anni, deve essere rappresentativa, dal punto di vista geografico e della partecipazione dei due sessi. La Corte, che deve anche tenere conto dei diversi sistemi giuridici esistenti nelle parti contraenti, è articolata in vari organi: Comitati di 3 giudici costituiti in seno a ciascuna Camera, che giudicano prima facie sull'ammissibilità dei ricorsi; le Camere, composte da 7 giudici per ciascuna sezione, competenti a pronunciarsi sul merito dei ricorsi mediante una sentenza; una Grande camera, composta da 17 giudici, che in casi eccezionali può effettuare il riesame della sentenza emessa da una delle Camere; un'Assemblea plenaria, composta da tutti i giudici, con funzioni di tipo organizzativo. La Grande Camera è chiamata a decidere sui ricorsi tra Stati ma anche sui ricorsi individuali (ogni individuo che ritenga gli sia stato negato uno dei diritti tutelati in base alla Convenzione ha accesso diretto alla Corte europea). La sorveglianza sulle esecuzioni delle decisioni assunte della Corte spetta al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

tratta, ciò nonostante, di due realtà normative differenti, collocate in posizioni nettamente distinte, anche a seguito del Trattato di Lisbona, come specificato dalla Consulta nelle note sentenze gemelle del 2007[20]. Invero, prima dell'intervento chiarificatore della Corte Costituzionale, diverse sono state le posizioni adottate in dottrina e in giurisprudenza in merito al rango delle norme CEDU nell'ordinamento interno e ai criteri di risoluzione delle antinomie tra normativa nazionale e normativa sovranazionale[21].

In un recente passato, la tesi inizialmente prevalente riconosceva nelle disposizioni convenzionali un carattere meramente programmatico, poiché non immediatamente e direttamente applicabili nell'ordinamento statale in assenza di un puntuale e specifico atto di recepimento, ulteriore rispetto al generico ordine di esecuzione contenuto nella legge di ratifica del 1955.

---

[20] Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in Giur. Cost., 2007, p. 3475 ss., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 bis, co. 1 e 2, d.l. 11 luglio 1992, n. 333 («Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica»), convertito con modificazioni dalla L. 8 agosto 1992, n. 359, e dell'art. 37, co. 1 e 2, D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 («Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità»); Corte Cost., 27 ottobre 2007, n. 349, in Giur. Cost., 2007, p. 3535 ss., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 bis, co. 7, d.l. 11 luglio 1992, n. 333.

[21] Per una rassegna delle diverse tesi concernenti il rango della CEDU nell'ordinamento italiano, v. F.C. PALAZZO – BERNARDI A., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. internaz. Dei diritti dell'uomo*, 1988, p. 35 ss.; RAIMONDI, *La Convenzione europea e la giurisprudenza italiana*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 103 ss. Nell'Annexe 2 al Volume in cui sono pubblicati i lavori del Seminario su «Politique criminelle et droits de l'homme» svoltosi a Parigi tra il 1987 e il 1989 viene evidenziato il diverso livello gerarchico di volta in volta riconosciuto alla CEDU all'interno dei sistemi normativi nazionali (id est, sovracostituzionale, costituzionale, legislativo). Nel dettaglio, nel 1989 la CEDU risultava in alcuni Stati membri di livello addirittura sovracostituzionale, mentre in altri non era stata neppure incorporata nell'ordinamento. Su tale ultimo profilo, è bene precisare che, secondo quanto chiarito dalla Corte EDU, 9 ottobre 1979, caso Airey c. Irlanda, Série A, n. 32, pur non imponendo agli Stati la propria incorporazione nel diritto interno, la CEDU – fatte salve le riserve, restrizioni o deroghe espressamente consentite – obbliga gli Stati membri a «riconoscere» sempre e comunque i diritti da essa sanciti e a tutelarli in modo concreto ed effettivo. Sono allora evidenti le incertezze circa la esatta collocazione alla CEDU all'interno dei singoli sistemi nazionali, tale per cui deve ritenersi che i principi costituzionali e convenzionali, anziché porsi in rapporto gerarchico, dialogano tra loro, condizionandosi a vicenda in una prospettiva di almeno tendenziale innalzamento del generale livello delle garanzie. Cfr., per tutti, P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1998, p. 76 ss.; A. BERNARDI, *«Principi di diritto» e diritto penale europeo*, in *Annali dell'Università di Ferrara- Scienze giuridiche*, Vol. II, 1988, p. 208 ss. In senso critico, cfr., in particolare, M. DELMAS-MARTY, *Politica criminale e diritti dell'uomo*, in *Indice pen.*, 1988, p. 205 ss.; A. TAMIETTI, *Un caso di cattiva applicazione della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto alla vita*, in *Cass pen.*, 2003, p. 3835 ss.

Successivamente è invalsa la tesi della immediata precettività delle norme CEDU, salvo quelle il cui contenuto sia da considerarsi talmente generico da non delineare fattispecie sufficientemente puntualizzate. È stata dunque riconosciuta una collocazione per così dire "privilegiata" alla CEDU, benché la stessa non godesse di copertura costituzionale, dato il suo recepimento ad opera di una legge ordinaria[22]. Nello specifico, in virtù della cessione di una parte della potestà legislativa statale in diretta applicazione degli artt. 10 e 11 della Carta Fondamentale, si attribuiva una particolare forza passiva alla Convenzione, tale da "resistere" alla abrogazione ad opera di disposizioni primarie (cronologicamente) successive alla CEDU.

Superata questa seconda impostazione, l'opinione oggi dominante – tanto tra gli operatori quanto tra gli interpreti del diritto – qualifica le disposizioni in parola come norme interposte, assurgendo a parametri costituzionali in virtù della nuova formulazione dell'art. 117, co. 1, Cost., nella parte in cui condiziona l'esercizio della potestà legislativa di Stato e Regioni al rispetto, tra l'altro, degli obblighi internazionali[23]. In questo senso si è pronunciata la Corte Costituzionale nelle sentenze gemelle del 2007, osservando che – se prima della riforma del Titolo V della Costituzione l'inserimento delle norme pattizie nel sistema delle fonti del diritto era affidato alla legge di adattamento, avente rango di legge ordinaria, con la conseguente impossibilità di assumere le norme CEDU quali parametri di giudizio di legittimità costituzionale[24] – la riforma dell'art. 117 Cost. ha reso «inconfutabile la maggiore forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive» e, allo stesso tempo, ha attratto «le stesse nella sfera di competenza» della Corte costituzionale, «poiché gli eventuali

[22] Nel caso specifico dell'Italia, la Convenzione è stata ratificata e resa esecutiva dallo Stato italiano con Legge 4 agosto 1955, n. 848.

[23] Ne deriva, da un lato, che sono incostituzionali, per violazione indiretta della Costituzione, tutte le norme emanate dal legislatore nazionale in contrasto con le predette norme pattizie, e dall'altro che tali norme, per fungere da parametro indiretto di incostituzionalità, devono essere esse stesse preliminarmente valutate conformi ai principi costituzionali. In argomento, v. PETRI V., *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell'ordinamento interno*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 3000 ss.; MARCOLINI S., *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 3492 ss.

[24] In questo senso si era pronunciata la Corte Costituzionale, ad esempio, nelle sentenze Corte Cost., 22 dicembre 1980, n. 188, in *Giur. Cost.*, 1980, p. 1612 ss.; ID., 5 luglio 1990, n. 315, *ivi*, 1990, p. 2017 ss.; ID., 22 ottobre 1999, n. 388, *ivi*, 1999, p. 2991 ss.; ID., 8 giugno 2005, n. 224, *ivi*, 2005, p. 1944 ss.

contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale» per violazione dello stesso art. 117, co. 1, Cost.[25]

La Corte, distinguendo nettamente tra norme della Convenzione e norme di diritto comunitario, ha conseguentemente escluso che il giudice ordinario abbia il potere di disapplicare la disposizione di legge ordinaria ritenuta in contrasto con la Convenzione europea[26], che non rientra nell'ambito di operatività né dell'art. 10, co. 1, Cost. (non essendo compresa tra le «norme di diritto internazionale generalmente riconosciute»), né dell'art. 11 Cost. (non determinando alcuna limitazione della sovranità nazionale)[27]; il giudice comune ha pertanto l'obbligo di interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti consentiti dal testo normativo e, ove ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della disposizione interna con quella convenzionale, deve necessariamente sollevare questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, co. 1, Cost.[28]

---

[25] Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. Cost*., 2007, p. 3475 ss., par. 4.3 della motivazione in diritto. Per un caso di disapplicazione della norma interna da parte del giudice civile, v. Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2005, in *Danno e resp*., 2006, p. 332 ss., in tema di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo.

[26] In senso contrario, v. Cass., Sez. I, 25 gennaio 2007, n. 2800, in *CED Cass*., rv. 235447, con cui è stato dichiarato inefficace un ordine di carcerazione emesso in esecuzione di una sentenza della Corte di Assise per contrasto con le norme contenute nella CEDU. V. anche Cass., Sez. I, 8 luglio 1998, n. 6672, in *CED Cass*., rv. 517049; Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2005, n. 28507, in *Juris data*, Giuffrè, 2006.

[27] Per l'esclusione della riconduzione delle norme CEDU nell'ambito di applicazione dell'art. 10 Cost., v. Corte Cost., 6 aprile 1993, n. 143, in *Giur. Cost*., 1993, p. 1120 ss.; ID., 28 aprile 1994, n. 168, *ivi*, 1994, p. 1254 ss.; ID., 30 luglio 1997, n. 288, *ivi*, 1997, p. 2630 ss.; ID., 17 febbraio 1999, n. 32, *ivi*, 1999, p. 240 ss.; ID., 23 dicembre 2005, n. 464, *ivi*, 2005, p. 4966 ss. In merito alla esclusione della riconduzione delle norme CEDU nell'ambito di applicazione dell'art. 11 Cost., v. Corte Cost., 22 dicembre 1980, n. 188, in *Giur. Cost*., 1980, p. 1612 ss.

[28] La giurisprudenza nazionale successiva si è allineata a tale orientamento. Sono state così sollevate numerose questioni di legittimità costituzionale di norme ritenute incompatibili con la Convenzione europea e con la interpretazione di essa fornita dalla Corte di Strasburgo. Limitando l'osservazione al diritto penale processuale, possono citarsi due pronunce di incostituzionalità per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. in relazione all'art. 6, par. 1, CEDU. Nella più recente, Corte Cost., 12 marzo 2010, n. 93, in *www.cortecostituzionale.it*, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4, L. 27 dicembre 1956, n. 1423 («Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità») e dell'art. 2 ter L. 31 maggio 1965, n. 575 («Disposizioni contro la mafia»), nella parte in cui non consentivano che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolgesse davanti al Tribunale e alla Corte d'appello nella forme della udienza pubblica. In Corte Cost., 4 dicembre 2009, n. 317, in *Foro it*., 2010, I, p. 359 ss., è stato dichiarato incostituzionale

La necessaria verifica di costituzionalità delle norme interne per eventuale contrasto con il sistema CEDU è stata confermata anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sebbene le modifiche da esso apportate all'art. 6 TUE siano state in un primo momento intese come punto di svolta verso la comunitarizzazione della Convenzione. Invero, in alcune pronunce immediatamente successive alla novella, si è posto l'accento sul paragrafo 2 dell'art. 6 TUE – secondo cui «l'Unione aderisce» alla CEDU[29] – per sostenere che gli articoli della Convenzione sono «divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale»[30] e per riconoscere in capo al giudice nazionale il potere di disapplicare (*rectius*, non applicare) in via immediata le disposizioni interne contrastanti con il sistema CEDU, senza passare per il tramite della pronuncia della Corte Costituzionale, salvo i c.d. controlimiti[31], conformemente a quanto accade in caso di contrasto tra normativa interna e normativa europea[32].

---

l'art. 175, co. 2, c.p.p., nella parte in cui precludeva la restituzione del contumace nel termine per proporre impugnazione quando quest'ultima fosse stata già proposta dal difensore di ufficio.

[29] Nei trattati comunitari non vi è traccia della tutela dei diritti umani, tema ignorato anche dall'Atto Unico europeo del 1986, fino al Trattato di Maastricht che ha sancito il rispetto dei diritti garantiti dalla CEDU. Rimaneva, però, irrisolta la questione relativa ai mezzi necessari di cui l'Unione doveva dotarsi per tutelare tali diritti. Era stata pertanto avanzata la proposta di una eventuale adesione della Comunità europea alla CEDU. Il tema dell'adesione è stato ampiamente dibattuto negli anni '80. Già nel 1979 la Commissione europea aveva presentato al Parlamento europeo e al Consiglio un Memorandum nel quale si dichiarava favorevole all'adesione formale della Comunità alla CEDU. L'atteggiamento negativo del Consiglio dell'Unione aveva, però, lasciato cadere l'argomento fino al 1990 quando la Commissione ha di nuovo proposto il tema, chiedendo formalmente al Consiglio di domandare l'adesione della Comunità alla CEDU. Tre anni più tardi il Consiglio ha preso la decisione di richiedere l'opinione della Corte di Giustizia sulla compatibilità dell'accordo di adesione con le disposizioni del Trattato. Quest'ultima, con il parere 2/94 ha negato la competenza della Comunità ad aderire alla Convenzione, poiché – altrimenti opinando – si sarebbe determinato l'inserimento della Comunità in un diverso sistema istituzionale, con l'inevitabile integrazione delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento comunitario. Ciò, a parere dei giudici europei, avrebbe implicato una modifica di rilevanza costituzionale incompatibile con l'applicazione dell'art. 308 del Trattato CE. Nemmeno il Trattato di Amsterdam, come si auspicava, ha dato soluzione definitiva all'annosa questione dell'adesione. Occorreva attendere, infatti, le novità introdotte con il Trattato di Lisbona del 2007.

[30] Cons. St., Sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220.

[31] Circa il problema concernente la competenza o meno delle Corti Costituzionali a pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale di norme comunitarie (contenute nei Trattati o in atti di diritto derivato) in caso di presunta violazione dei principi fondamentali previsti dalle Costituzioni nazionali ovvero dei diritti inalienabili della persona umana, cfr. G. AMOROSO, *La giurisprudenza costituzionale nell'anno 1995 in tema di rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: verso una «quarta fase»?*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 87 ss.

[32] Il contrasto viene oggi risolto alla luce del primato del diritto dell'Unione, in base al quale la norma appartenente all'ordinamento dell'Unione prevale sulla norma interna incompatibile. Il meccanismo di risoluzione del conflitto è individuato nello strumento della disapplicazione: il giudice nazionale non applica la norma interna incompatibile con la norma dell'Unione. Siffatto

meccanismo risolutivo delle antinomie è il risultato di un lungo contrasto che ha visto contrapposte per molti anni la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia. Invero, due sono le tesi che si contendono il campo: la concezione c.d. monista (da sempre propugnata dalla Corte di Giustizia, in concomitanza all'affermazione del principio di primazia del diritto comunitario), secondo cui le fonti appartenenti all'ordinamento dell'Unione e quelle nazionali risultano integrate in un unico sistema; la concezione c.d. pluralista (accolta dalla Corte Costituzionale), in forza della quale l'ordinamento dell'Unione e il sistema giuridico nazionale si configurano come ordinamenti giuridici distinti e separati, ancorché collegati da un rapporto di coordinamento fondato sulla ripartizione di competenze ad opera del Trattato istitutivo della Comunità. L'adesione alla concezione monista o pluralista non assume rilevanza soltanto nell'ambito della questione concernente l'incompatibilità della norma interna con le norme comunitarie direttamente applicabili, incidendo, altresì, sul tema della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, conseguente all'omessa, tardiva o erronea trasposizione delle direttive dell'Unione. Basti pensare che l'adesione della giurisprudenza interna alla tesi pluralista determina la configurazione del comportamento del legislatore come antigiuridico nel solo ordinamento dell'Unione, non anche nel sistema giuridico nazionale, attesa la separazione tra i due ordinamenti (cfr. Cass., Sez. Un., 17 aprile 2009, n. 9147, in *www.eius.it*). Viceversa, l'accoglimento della concezione monista comporta la qualificazione del comportamento del legislatore come antigiuridico in entrambi gli ordinamenti, atteso il rapporto di integrazione sussistente tra gli stessi. In ordine alla concezione monista propugnata dalla Corte di giustizia UE, la stessa è rappresentata dalla configurazione dei rapporti tra gli ordinamenti come una relazione di integrazione in un unico sistema. Tale impostazione si è sviluppata in due fasi. In particolare, nella sentenza 15 luglio 1964, C-6/64, Costa c. Enel, la Corte, pronunciandosi su una questione pregiudiziale sollevata in seno all'ordinamento italiano, ha affermato per la prima volta in modo espresso il principio della primazia del diritto comunitario in ragione dell'assetto dei rapporti tra il sistema giuridico nazionale e l'ordinamento comunitario, configurando quest'ultimo come integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri. «La Corte rileva che, a differenza dei comuni Tratti 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. Infatti, istituendo 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 Tratto, hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizioni di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrebbe essere opponibile all'ordine comune. Se l'efficacia del diritto comunitario variasse da uno Stato all'altro in funzione delle leggi interne posteriori, ciò metterebbe in pericolo l'attuazione degli scopi del Trattato […] e causerebbe una discriminazione vietata […]. Gli obblighi assunti col Trattato istitutivo della Comunità non sarebbero assoluti, ma soltanto condizionati, qualora le parti contraenti potessero sottrarsi alla loro osservanza mediante ulteriori provvedimenti legislativi […]. La preminenza del diritto comunitario trova conferma nell'art. 189, a norma del quale i regolamenti sono obbligatori e direttamente applicabili in ciascuno Stato membro. […] Scaturito da una 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 Comunità». La posizione assunta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Costa C. Enel sui rapporti tra ordinamento comunitario e sistemi giuridici nazionali è stata ribadita nella successiva sentenza 9 marzo 1978, C-106/77, Simmenthal, in cui la Corte è intervenuta per precisare la portata dei principi espressi nella precedente pronuncia del 1964 e, nel ribadire il primato del diritto comunitario, ha definito le modalità attraverso cui deve essere assicurata la prevalenza della norma comunitaria sulla norma interna con essa contrastante. La Corte di giustizia ha così individuato nel giudice nazionale l'organo incaricato di assicurare il primato del diritto comunitario, provvedendo alla disapplicazione di propria

iniziativa di qualsiasi disposizione nazionale (preesistente o successiva all'entrata in vigore della norma comunitaria) contrastante con il diritto comunitario «senza doverne richiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale». In forza del meccanismo della disapplicazione, la norma interna non è eliminata formalmente dall'ordinamento giuridico, bensì risulta solamente privata dei suoi effetti. In virtù del rapporto di integrazione tra gli ordinamenti giuridici, le norme comunitarie diventano parte integrante dell'ordinamento vigente nel territorio dei singoli Stati membri, assumendo un rango superiore (sotto il profilo dell'ordine gerarchico) rispetto alle norme interne. Il percorso motivazionale della pronuncia in questione si è sviluppato nei seguenti termini. «La prima questione mira in sostanza a far precisare le conseguenze dell'applicabilità diretta di una disposizione di diritto comunitario in caso d'incompatibilità con una disposizione successiva facente parte della legislazione di uno Stato membro. Considerata sotto questo profilo, l'applicabilità diretta va intesa nel senso che le norme di diritto comunitario devono esplicare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, a partire dalla loro entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità; dette norme sono quindi fonte immediata di diritti e di obblighi per tutti coloro che esse riguardano, siano quegli Stati membri ovvero i singoli, soggetti di rapporti giuridici disciplinati dal diritto comunitario; questo effetto riguarda anche tutti i giudici che, aditi nell'ambito della loro competenza, hanno il compito, in quanto organi di uno Stato membro, di tutelare i diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario; inoltre, in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del tratto e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere "ipso jure" 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; il riconoscere una qualsiasi efficacia giuridica ad atti legislativi nazionali che invadano la sfera nella quale si esplica il potere legislativo della Comunità, o altrimenti incompatibili col diritto comunitario, equivarrebbe infatti a negare, sotto questo aspetto, ilo carattere reale di impegni incondizionatamente ed irrevocabilmente assunti, in forza del Trattato, dagli Stati membri, mettendo così in pericolo le basi stesse della Comunità […]. Dal complesso delle precedenti considerazioni risulta che qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria […] Risulta quindi incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto comunitario per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme comunitarie; ciò si verificherebbe qualora, in caso di conflitto tra una disposizione di diritto comunitario ed una legge nazionale posteriore, la soluzione fosse riservata ad un organo diverso dal giudice cui è affidato il compito di garantire l'applicazione del diritto comunitario, e dotato di un autonomo potere di valutazione, anche se l'ostacolo in tal modo frapposto alla piena efficacia di tale diritto fosse soltanto temporaneo; la prima questione va perciò risolta nel senso che il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di 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 doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale». Di contro, la posizione "pluralista" assunta dalla Corte costituzionale italiana si articola in 4 tappe, storicamente identificabili nelle seguenti pronunce. In primis, Corte Cost., 7 marzo 1964, n. 14, in cui la relazione tra gli ordinamenti giuridici è stata configurata come rapporto di equiordinazione, tale per cui il conflitto tra una disposizione comunitarie ed una norma interna successiva doveva essere risolto in favore di quest'ultima in virtù dei principi che regolano la successione di leggi nel

In senso analogo, valorizzando la qualificazione in termini di principi generali dell'Unione contenuta nel paragrafo 3 dell'art. 6 TUE[33], si è affermato: «il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell'Unione [...] ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno»[34].

Questa impostazione iniziale non è stata accolta dalla Corte Costituzionale nel 2011 che, confermando l'orientamento espresso nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, nel prendere posizione sulla portata delle modifiche introdotte nel Trattato di Lisbona, ha contestato il significato attribuito alla nuova formulazione dell'art. 6 TUE da parte dei fautori della tesi in ordine alla

---

tempo. In secondo luogo, Corte Cost., 27 dicembre 1973, n. 183, che ha segnato il riconoscimento del primato del diritto comunitario, fondato sull'art. 11 Cost., e ne ha affidato il controllo alla Corte Costituzionale nell'ambito del giudizio di costituzionalità delle leggi interne (successive) in contrasto con le norme comunitarie direttamente applicabili (nella specie, i regolamenti comunitari). I rapporti tra i sistemi giuridici sono stati così ricostruiti in termini di coordinamento tra ordinamenti separati e reciprocamente autonomi. In terzo luogo, Corte Cost., 8 giugno 1984, n. 170 (sentenza Granital), contraddistinta dall'allineamento alle posizioni assunte dalla Corte di giustizia in merito al potere di disapplicazione in capo al giudice nazionale, quale strumento idoneo ad assicurare in modo efficace ed effettivo la prevalenza della previsione comunitaria sulla norma interna incompatibile. In quarto luogo, Corte Cost., 10 novembre 1994, n. 384, maturata nella vigenza del sistema di controllo preventivo sulle leggi regionali da parte del Governo ai sensi dell'art. 127 Cost. nel testo antecedente all'intervento della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3. La Corte, pronunciandosi su una ipotesi di impugnazione in via principale di una legge regionale non ancora entrata in vigore, ha ammesso che il suo sindacato potesse estendersi alla verifica di conformità della legge regionale con il diritto comunitario, al fine di dichiarare la illegittimità costituzionale ed impedirne, pertanto, l'entrata in vigore nell'ordinamento nazionale. Tale pronuncia ha segnato pertanto una apertura verso la concezione monista assunta dalla Corte di Giustizia.

[33] Art. 6, par. 3, TUE: «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».

[34] Tar Lazio, Roma, 18 maggio 2010, n. 1194.

intervenuta "comunitarizzazione" della CEDU. In particolare, la Corte osserva che «Nessun argomento in tale direzione può essere tratto, anzitutto, dalla prevista adesione dell'Unione alla CEDU, per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta», restando dunque la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato, «allo stato, ancora improduttiva di effetti», la cui puntuale identificazione, peraltro, «dipenderà ovviamente dalle specifiche modalità con cui l'adesione stessa verrà realizzata». Ancora, quanto al richiamo alla CEDU contenuto nel paragrafo 3 del medesimo art. 6, la Consulta osserva che si tratta di una disposizione priva di una portata innovativa, riprendendo lo schema del previgente paragrafo 2 dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea ed «evocando, con ciò, una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona».

2. *L'avvio del processo di erosione del carattere statuale dei sistemi penali europei*

Come si è visto nel paragrafo precedente, intorno agli anni '50 del secolo scorso si è assistito all'avvio di un graduale processo di europeizzazione del diritto, ove con tale espressione si intende fare riferimento tanto al diritto dell'Unione europea quanto al sistema CEDU.

Occorre capire se e, in caso di esito positivo, in quali termini si possa parlare di europeizzazione anche del diritto penale, materia da sempre riservata alla sovranità degli Stati membri, in quanto sorretta dal principio di legalità penale e, in particolar modo, dal corollario della riserva di legge statale, posto a garanzia della libertà del singolo attraverso la sottrazione della materia penale al potere esecutivo e al potere giudiziario, in ossequio alla concezione illuministica in forza della quale "solo il popolo può legiferare contro se stesso". Si pone, dunque, il problema di stabilire se ed entro quali limiti le norme "esterne", che costituiscono promanazione di impegni internazionali, possano incidere sul diritto penale interno[35].

[35] Certamente, nessun problema di compatibilità con il principio della riserva di legge si pone qualora la convenzione internazionale venga ratificata e resa esecutiva in Italia con un provvedimento legislativo di rango ordinario poiché in tale evenienza è lo stesso provvedimento interno che introduce la nuova incriminazione sia pur in attuazione di un obbligo nascente dalla

Il dibattito relativo alla proiezione del diritto penale in una dimensione sovranazionale – sorto ormai da qualche decennio e, tuttavia, sviluppatosi ancora di più negli ultimi anni con il sistema CEDU – trae origine dalla difficoltà di attribuire in capo a istituzioni diverse dal Parlamento italiano una potestà, sia essa diretta che indiretta, in materia penale. Invero, il principio di legalità statale[36], sancito all'art. 25, comma 2, Cost. e all'art. 1 c.p., esprime il divieto di punire un determinato fatto in assenza di una legge preesistente che lo preveda

convenzione. Vi sono poi delle norme interne che espressamente rinviano alle convenzioni o alle altre norme di diritto internazionali vincolanti per l'Italia. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla norma definitoria di cui all'art. 270 *sexies* c.p. (rubricata «Condotte con finalità di terrorismo») che, dopo aver dato una definizione interna delle condotte terroristiche, considera tali anche quelle così definite dalle convenzioni o dalle altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia. Si tratta, come è evidente, di una clausola aperta, destinata ad estendersi o restringersi in virtù delle Convenzioni già ratificate e di quelle a cui l'Italia prenderà parte, consentendo in tal modo un adeguamento automatico dell'ordinamento nazionale. Nel dettaglio, la giurisprudenza ritine che la definizione interna di terrorismo di cui al citato art. 270 sexies c.p., indipendentemente dal richiamo alle norme internazionali ivi contenuto) debba coordinarsi con quella di cui all'art. 2 della Convenzione di New York del 1999, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 14 gennaio 2003, n. 3, sicché la definizione codicistica è applicabile ai fatti commessi in tempo di pace, mentre quella convenzionale, di portata più ampia, anche ai fatti commessi in tempo di guerra (Cass. Pen., Sez. I, 17 gennaio 2007, n. 1072; Corte di Assise Milano, 1 febbraio 2007). Dunque, la Convenzione di New York del 1999 svolge una funzione integratrice del precetto penale che è dotata di una particolare forza di resistenza, non potendo essere superata da una legge ordinaria successiva, pena la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.

[36] Sul principio di legalità v. M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Giappichelli, Torino, 1965, p. 10 ss.; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1964, passim e in particolare p. 277 ss.; F. SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione*, Eri, Torino, 1966, p. 40 ss.; A. PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1969, p. 694 ss.; A. PAGLIARO, *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali*, in *Il Tommaso Natale*, 1977 (Studi Bellavista), p. 374 ss.; M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 1 ss.; F. BRICOLA, *Rapporti civili*, in *Comm. Della Cost. Branca*, *sub* art. 25, 2° e 3° comma, Bologna-Roma, 1981, p. 227; F. BRICOLA, voce *"Teoria generale"*, in *Novissimo Dig.,* XIX, Torino, p. 1973, p. 5 ss.; G. MARINI, voce "Nullum crimen, nulla poena sine lege in Dir. Pen.", in Enc. Dir., XXVIII, Milano, 1978, p. 954 ss.; F.C. PALAZZO, voce "*Legge penale*", in *Dig. Pen.*, VII, Torino, 1993, p. 338 ss.; M. TRAPANI, voce *"Legge penale"*, *I, Fonti*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990; F. VASSALLI, voce "Nullum crimen, nulla poena sine lege", in *Dig. Pen.*, VIII, 1994, p. 278 ss.; F. VASSALLI, voce *"Tipicità (diritto penale)"*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 535 ss.; F. VASSALLI, voce "Nullum crimen sine lege", in *Novissimo dig.*, App., V, Torino, 1984, p. 292 ss.; F. VASSALLI, voce "Nullum crimen sine lege", in *Novissimo Dig.*, XI, Torino, 1965, p. 493 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, III ed., Giuffrè, Milano, 2004, p. 30 ss.; I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, *Parte gen.*, II ed., Cedam, Padova, 2005, p. 11 ss.; G. FIANDACA–M. MUSCO, *Diritto penale, Parte gen.*, VI ed., Zanichelli, Bologna, 2009, p. 47 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte gen.*, VI ed. agg., Cedam, Padova, 2009, p. 3 ss.; G. MARINUCCI–E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte gen.*, III ed., Giuffrè, Milano, 2009, p. 31 ss.; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 37 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte gen.*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 35 ss.; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano, I, Concetto, Fonti, Validità, Interpretazione*, II ed., Cedam, Padova, 2009, p. 83 ss.; M. RONCO, *La legge penale*, Zanichelli, Bologna, 2010, p. 8 ss.

come reato e ne stabilisca la relativa sanzione[37], secondo il noto brocardo latino "*Nullum crimen, nulla poena sine lege"* di origine illuministica[38].

In particolare, in base al corollario della riserva di legge[39], data la rilevanza dei beni incisi dalle sanzioni penali[40], si ritiene che l'unica fonte abilitata ad intervenire in materia sia la legge[41], in quanto atto emanato dal Parlamento che

[37] In merito alla positivizzazione a livello costituzionale del principio di legalità in materia penale, coincidente con l'avvento del sistema democratico a seguito del regime fascista nel cui periodo fu emanato il codice Rocco, una sua imperfetta formulazione può trovarsi nella Magna Charta inglese del 1215. Tuttavia, è con l'affermazione dei principi della filosofia illuministica del XVIII secolo che la garanzia della legge si affermò come fonte esclusiva e suprema nella materia penale. Le basi di una siffatta linea di pensiero sono state poste dal maggior esponente della filosofia giuridica dell'illuminismo, Montesquieu, che nel saggio L'esprit des lois, datato 1748, ha posto le premesse del concetto della separazione dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, affinché le libertà del singolo fossero garantite da un sistema ossequioso dei rispettivi limiti di azione e direzione. La circostanza che le fonti di produzione del diritto penale siano una prerogativa del potere legislativo, quale diretta espressione della volontà popolare, garantisce, infatti, il cittadino comune sia dagli arbitrii del potere giudiziario tenuto ad applicare la legge (da altro potere concepito), sia dagli arbitrii del potere esecutivo, privato, in tal modo, di ogni legittimazione a legiferare in campo penale. Le idee di Montesquieu trovarono riscontro in Italia nel pensiero di Cesare Beccaria che nella sua opera Dei delitti e delle pene del 1763 ha affermato che «le leggi sono le condizioni, con le quali gli uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in continuo stato di guerra e di godere di una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla». L'idea, di chiara ispirazione rousseiana, dell'esistenza di un contratto sociale alle origini della società moderna, rappresentò, all'epoca, la più consistente affermazione in Italia del principio di legalità penale. Le correnti di pensiero descritte hanno poi influenzato i movimenti rivoluzionari francesi, trovando consacrazione nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: «nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge e secondo le forme da essa prescritte». In merito all'ordinamento italiano, il principio della riserva di legge in materia penale, già presente nello Statuto Albertino del 1848, venne enunciato nella prima opera di codificazione post unitaria, il codice penale Zanardelli del 1889, il cui art. 1 disponeva che «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano dalla stessa stabilite».

[38] Si deve a Feuerbach la definizione.

[39] Il principio di legalità assume, in relazione agli articolati aspetti di garanzia che ne costituiscono la ratio, quattro dimensioni distinte: innanzitutto, si presenta come riserva di legge, che descrive il monopolio del Parlamento nazionale sulla normazione penale; in secondo luogo, come irretroattività della norma penale più sfavorevole all'autore; in terzo luogo, come precisione e pregnanza del precetto e della sanzione (determinatezza), sotto il duplice profilo della precisa individuazione di tutti gli elementi costitutivi e della corrispondenza tra il fatto tipico e una esperienza di vita concretamente verificabile; last but non least, come tassatività, sotto il duplice profilo del divieto per il giudice di estendere analogicamente il precetto e la sanzione previste dalla legge e dell'obbligo per il legislatore di evitare clausole che facoltizzino l'analogia.

[40] La pena consiste nella privazione dei diritti fondamentali della persona; inoltre, pur non potendo incidere sulla sfera più intima e radicale della dignità umana, che risiede nell'essere l'uomo un fine in se stesso e non un mezzo per fini eteronomi, essa colpisce tuttavia inevitabilmente la sfera esterna della dignità personale, impedendo alla persona di esercitare i diritti in cui si esplica normalmente la vita umana. Sul rapporto tra dignità umana e pena, cfr. da ultimo M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, p. 137 ss.

[41] Al riguardo, giova innanzitutto precisare che la riserva può dirsi assoluta quando una norma costituzionale dispone che solo la legge possa disciplinare una determinata materia, escludendo

esprime la volontà popolare attraverso il processo di formazione delle leggi, assicurando la dialettica tra maggioranza e minoranza[42]. Nell'assegnare il monopolio della legge[43] sulla individuazione del fondamento, dei limiti e delle

pertanto l'intervento, in tale ambito, di norme sublegislative, anche in ordine ad aspetti marginali della disciplina. Viceversa, la riserva è relativa se la norma costituzionale prevede che in una data materia il legislatore possa fissare le linee fondamentali della disciplina con facoltà di affidarne il completamento alle fonti di rango inferiore. Rispetto alla pena, la dottrina prevalente e la giurisprudenza ritengono che spetti individuarla solamente alla legge, e non alle fonti secondarie, in ragione dell'importanza che i beni della dignità e della libertà personale rivestono nell'ordinamento giuridico. Sul punto, in giurisprudenza v. Corte Cost., 11 giugno 1966, n. 66; Cass. Pen., Sez. Un., 26 maggio 1984; Cass., 12 novembre 1982. In dottrina, v. per tutti AMATO G., *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 1966, p. 270 ss. Per quanto concerne il precetto, invece, si registrano tre orientamenti, il primo dei quali, seguito da una parte della dottrina, sostiene il carattere meramente relativo della riserva, per cui sono del tutto legittime quelle previsioni penali che lasciano a successivi atti amministrativi generali ed astratti (come i regolamenti) o a provvedimenti amministrativi specifici e concreti il compito di determinare non solo alcuni caratteri dell'illecito, ma le stesse prescrizioni la cui violazione integra la fattispecie incriminatrice, a condizione che le scelte caratterizzanti l'illecito medesimo siano compiute dalla legge. Secondo tale impostazione, dunque, sarebbe sufficiente a costituire il precetto penale l'enunciazione, anche generica, da parte della legge, del dovere di obbedienza alle prescrizioni regolamentari ed amministrative cui essa faccia rinvio (tesi della c.d. disobbedienza in quanto tale). Un secondo orientamento ritiene, al contrario, che il principio della riserva di legge in ambito penale abbia natura assoluta, tenuto conto della ratio garantista che ispira il principio in parola, ossia quello di riservare solo all'organo parlamentare, che esprime la volontà popolare, le scelte relative alla restrizione della libertà dell'individuo. Ne consegue che non sono ammesse eterointegrazioni del precetto penale operate da fonti secondarie generali ed astratte o da provvedimenti amministrativi individuali e concreti, neanche al fine di precisare fatti e oggetti di marginale rilievo. Un terzo orientamento, oggi prevalente, parla di riserva di legge tendenzialmente assoluta in quanto è consentito alla legge rinviare a fonti secondarie (regolamenti, ordinanze, provvedimenti amministrativi) al solo fine di specificare il contenuto del precetto penale già tratteggiato in via essenziale dalla norma primaria, dando così spazio all'intervento di fonti normative più facilmente modificabili a fronte della mutevolezza delle situazioni in determinati settori della società. Secondo i fautori di questa impostazione, il divieto o il comando devono essere già tratteggiati, con sufficiente specificazione, nella norma primaria, che si serve della secondaria solo per chiarire aspetti secondari, ovvero tracciando i confini di singoli elementi. In altri termini, sono ammissibili integrazioni di carattere tecnico apportate da provvedimenti generali ed astratti a cui la legge fa rinvio (si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla materia degli stupefacenti e, in particolare, agli artt. 73 ss. DPR n. 309/1990 s.m.i.). Aderiscono al primo orientamento G. MARINI, voce Nullum crimen nulla poena sine lege, in *Enc. Dir.*, XXVIII, 1978, p. 954 ss.; R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, XL, 1989, p. 1216 ss.; G. AMATO, *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 1966, p. 270 ss. Fautore della seconda tesi è, *ex multis*, G. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 245 ss. In merito alla terza impostazione, v. per tutti A. PECORARO ALBANI, *Riserva di legge – Regolamento – Norma penale in bianco*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1959, p. 762 ss.

[42] Nonostante tutte le deficienze e aporie che la presenta nella realtà concreta, si ritiene che questa fornisca nel campo penale ragioni di garanzia più solide delle altre fonti dell'ordinamento giuridico, esprimendo le esigenze maggiormente avvertite dalla comunità sociale cui è rivolta.

[43] A. CATTANEO, *Riflessioni sull'umanesimo giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, *passim*, ritiene che l'inflizione della pena da parte di un uomo su un altro uomo postuli il riferimento necessario ad un principio superiore che sia comune ad entrambi e a cui in qualche misura entrambi partecipano. Di qui scaturiscono tanto l'esigenza che le leggi contemplanti una persona siano ridotte al minor numero possibile, quanto l'esigenza, in qualche modo collegata alla prima, che tali leggi siano soggette ad una stretta interpretazione. Posto che «il diritto penale

conseguenze della responsabilità criminale[44], il principio di legalità assolve prevalentemente una funzione di garanzia della libertà del cittadino mediante la sottrazione della materia *de qua* al potere esecutivo e al potere giudiziario[45] e salvaguarda la finalità rieducativa della pena *ex* art. 27, comma 3, Cost., poiché il

più di ogni altro ramo del diritto è lo strumento più immediato per proteggere ma anche per negare i diritti umani fondamentali» (F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 12), al principio di legalità si affiancano altri principi. Innanzitutto, il brocardo nullum crimen sine necessitate esprime il divieto per il legislatore penale di formulare fattispecie penali se la tutela del bene giuridico può essere efficacemente garantita da altri rami dell'ordinamento. Il diritto penale, dunque, ha carattere sussidiario, dovendo lo strumento penale intervenire come extrema ratio: il ricorso alla sanzione penale è giustificato solo quando risulta, oltre che necessario, anche conforme allo scopo. Al riguardo, si parla più comunemente di principio di sussidiarietà, per tale intendendosi che la sanzione punitiva deve apparire sin dal momento del suo concepimento a livello legislativo idonea a conseguire l'obiettivo di tutela perseguito e non eccessiva rispetto all'esigenza di tutela da soddisfare, prendendo atto, se del caso, che il ricorso alla stessa può essere evitato qualora ingiustificati si manifestino i costi a carico del condannato. Anche il principio di offensività costituisce un argine alla potestà legislativa in materia penale. Invero, in forza di questo principio, non è concepibile un reato senza offesa ad un bene giuridico, con la conseguenza che il legislatore non può prescindere dalla preventiva individuazione di un bene da tutelare prima di introdurre una fattispecie criminosa. Del pari, un ruolo importante viene svolto dai principi di uguaglianza e di ragionevolezza che sovente sono stati richiamati dalla giurisprudenza per invalidare fattispecie incriminatrici ingiustificate ed irragionevoli (si pensi, ad esempio, alla dichiarazione di illegittimità costituzionale del reato di vilipendio della religione di cui all'art. 402 c.p.)

[44] Precisa G. MARINUCCI–E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 34 che oggetto della riserva di legge sono le norme destinate ad individuare, di volta in volta, i presupposti dai quali dipende «il se, il come e il quanto della punizione». Tra queste, si devono annoverare quelle che delineano il "fatto" di reato, la "colpevolezza", la "punibilità", nonché le circostanze che aggravano o attenuano la pena e, dunque, non solo le norme incriminatrici in senso stretto, ossia quelle che descrivono il fatto e la relativa sanzione, ma anche quelle che prevedono le condizioni dalle quali dipende l'applicazione della pena in concreto, come pure le condizioni obiettive di punibilità, le cause di esclusione della colpevolezza e della punibilità, le cause di estinzione del reato e della pena. In questo senso v. GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. I, *La legge penale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 56. Secondo ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995, p. 39 e PAGLIARO A., P*rincipi di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 59, anche le norme che prevedono cause di giustificazione rientrano nella sfera di operatività del principio della riserva di legge poiché, si sottolinea, tali norme riducono il potenziale ambito applicativo della norma incriminatrice sicché, in qualche modo, ad essa deroga e ciò è possibile solo a condizione che sia di pari grado a quest'ultima. Secondo un'altra impostazione, invece, le norme scriminanti rimangono escluse dall'oggetto della riserva di legge rispetto alle quali la ratio garantista di tale principio non si pone, atteso che prevedono un trattamento di favore, oltre al fatto che si tratta di norme che non hanno natura specificamente penale, ma si desumono dall'ordinamento giuridico complessivamente considerato, rendendo il fatto lecito nell'intero ordinamento

[45] Nel principio di legalità sono comunemente ravvisate le esigenze di certezza (fondamento giuridico/penalistico), nonché di garanzia del cittadino dagli arbitri del potere esecutivo e del potere giudiziario (fondamento politico/costituzionale ricollegabile alla separazione dei poteri dello Stato). La legge corrisponde, più adeguatamente delle altre fonti, all'esigenza di obiettività e di certezza contro l'arbitrio giudiziario, manifestando in modo non equivoco una tavola di prescrizioni uguali per tutti e da tutti conoscibili. Né va trascurato che tale fonte è in grado di frapporre, per il suo carattere di astrattezza, una significativa distanza tra il caso concreto e il giudice, sorreggendo quest'ultimo nella responsabilità dell'atto di giudicare e garantendogli in maniera adeguata la libertà di determinarsi, sfuggendo alla coazione derivante dalle circostanze ambientali.

singolo – in virtù della pubblicità che contraddistingue l'*iter* parlamentare[46] – è posto nella condizione di conoscere preventivamente il carattere antidoveroso e antisociale della propria condotta[47].

[46] Il procedimento legislativo si articola in tre fasi: la fase introduttiva, la fase costitutiva e la fase integrativa dell'efficacia. La prima fase ha avvio con la presentazione da parte dei soggetti titolari del potere di iniziativa legislativa di un progetto di legge. L'iniziativa legislativa compete al Governo, a ciascun membro delle Camere (art. 71, co. 1, Cost.), al popolo (art. 71, co. 2, Cost.), al Consiglio Nazionale dell'economia e del lavoro (art. 99, co. 3, Cost.), a ciascun Consiglio regionale (art. 121, co. 2, Cost.), ai Comuni (art. 133, co. 1, Cost.). In merito alla fase costitutiva, l'approvazione del progetto di legge presso ciascuna Camera può avvenire secondo tre distinti subprocedimenti: ordinario, decentrato (o per commissioni) e misto. In base al procedimento ordinario, ogni disegno di legge presentato ad una Camera è, secondo le norme del suo regolamento, esaminato da una commissione e poi dalla Camera stessa che la approva articolo per articolo e con votazione finale (art. 72, co. 1, Cost.). Ciascun regolamento parlamentare stabilisce in quali casi e forme l'esame e l'approvazione dei disegni di legge sono deferiti a commissioni, anche permanenti, composte in modo da rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari. Nel procedimento decentrato, dunque, la commissione parlamentare lavora in sede deliberante, in quanto approva il progetto di legge dopo averlo esaminato. Non possono essere approvati in commissione i disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale e quelli di delegazione legislativa, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, di approvazione di bilanci e consuntivi (art. 72, co. 4, Cost.). Lo stesso divieto è previsto dai regolamenti parlamentari per i disegni di legge di conversione dei decreti legge e per le leggi rinviate dal Presidente della Repubblica (artt. 71, co. 2, e 96-*bis*, co. 1, reg. Camera; art. 35, co. 1, reg. Senato). Il procedimento misto è diversamente disciplinato dai regolamenti parlamentari: alla camera l'Assemblea può decidere, prima di passare all'esame degli articoli, di deferire alla competente commissione permanente o speciale la formulazione, entro un termine determinato, degli articoli di un progetto di legge, riservando a se medesima l'approvazione senza dichiarazioni di voto dei singoli articoli nonché l'approvazione finale del progetto di legge con dichiarazioni di voto; al Senato, il presidente può, dandone comunicazione al Senato, assegnare in sede redigente alle commissioni parlamentari o a commissioni speciali disegni di legge per la deliberazione dei singoli articoli, mentre resta riservata all'Assemblea la votazione finale. Dopo essere stato esaminato ed approvato, il disegno di legge è trasmesso all'altro ramo del Parlamento, che può esaminarlo ed approvarlo con un procedimento diverso da quello seguito dalla prima Camera. L'approvazione del disegno di legge nell'identico testo da parte di entrambe le Camere chiude la fase costitutiva. In caso contrario, il disegno di legge viaggerà (c.d. navette) da un ramo all'altro del Parlamento, fino alla sua identica approvazione. La fase integrativa dell'efficacia si articola in due sottofasi: la promulgazione ad opera del Presidente della Repubblica; la pubblicazione nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica e nella Gazzetta ufficiale. Le leggi sono promulgate dal Capo dello Stato entro un mese dalla approvazione. Se però le Camere, ciascuna a maggioranza assoluta dei propri componenti, ne dichiarano l'urgenza, la legge è promulgata nel termine da esse stabilito (art. 73, co. 1 e 2, Cost.). Attraverso la promulgazione il Presidente della Repubblica controlla la legittimità costituzionale della legge. Per tale motivo, il Capo dello Stato può rifiutare la promulgazione, chiedendo alle Camere, con messaggio motivato, una nuova deliberazione (art. 74, co. 1, Cost.). In nessun caso il Capo dello Stato può rifiutare la promulgazione per motivi di opportunità politica. Il rifiuto della promulgazione non equivale ad un potere di veto. Infatti, la Costituzione stabilisce che se le Camere approvano nuovamente la legge, il Presidente della Repubblica è obbligato a promulgarla (art. 74, co. 2, Cost.). Le leggi sono pubblicate subito dopo la promulgazione ed entrano in vigore il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione, salvo che le leggi stesse stabiliscano un termine diverso. La pubblicazione della legge è curata dal Ministro della Giustizia il quale vi appone il proprio visto ed il sigillo dello Stato (art. 5 d.p.r. n. 1092/1985). La pubblicazione consiste nell'inserimento della legge nella Gazzetta Ufficiale e nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica. Il termine di quindici giorni previsto dall'art. 73,

Al riconoscimento unanime, fino a pochi anni addietro, del principio di legalità[48] fa riscontro negli ultimi tempi il diffondersi di dubbi in ordine alla sua validità concettuale e alla sua utilità pratica nell'attuale contesto storico/politico[49]. Può così oggi parlarsi della crisi della legalità in materia

co. 2, Cost. (c.d. vacatio legis) decorre dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (art. 7 d.p.r. n. 1092/1985).

[47] In virtù della pubblicità che contraddistingue l'iter parlamentare, il cittadino, prima di compiere una data azione, sa già se questa è permessa o vietata dalla legge e, soprattutto, se comporta l'inflizione di una sanzione penale. La funzione di garanzia propria del principio di legalità si desume anche dal collegamento di tale principio con quello, anch'esso di rango costituzionale, per cui la pena deve avere oltre che una finalità afflittiva e deterrente, anche un intento rieducativo (art. 27 comma 3 Cost.). Una norma incriminatrice che punisca fatti commessi prima della sua entrata in vigore punirebbe ingiustamente un soggetto che ha tenuto una determinata condotta nella piena e legittima convinzione della sua liceità. Ne verrebbe frustrata la funzione rieducativa, in quanto si può rieducare solo un soggetto che si è posto in contrasto con le regole dell'ordinamento vigenti al tempo della commissione del fatto. Solo la legge, quale atto scritto e rivolto a tutti i consociati, assolve alla funzione di preventiva informazione dei modelli di comportamento ritenuti dannosi per la società e, quindi, meritevoli di un giudizio negativo da parte dello Stato. La mancata conoscenza da parte del cittadino del carattere antisociale dei suoi comportamenti e del giudizio di riprovazione espresso dalla legge, frustra in radice la richiamata finalità di emenda e di risocializzazione della sanzione penale. Vi è infine alla base del principio di legalità l'esigenza che il precetto si imponga al destinatario non come comando eteronomo del potere coattivo dello Stato, bensì come espressione di una ratio intrinseca di giuridicità che saldi insieme la determinazione positiva dell'organo di rappresentanza politica con l'istanza razionale che vorrebbe regolati i fondamentali rapporti oggetto della normazione penale (la tutela contro l'ingiusta aggressione alla vita, alla integrità personale, alla libertà, alle sue proiezioni oggettive e ai valori fondamentali dell'uomo e della società) nel rispetto della dignità umana, secondo i principi di colpevolezza, offensività e proporzionalità.

[48] La Carta fondamentale sottopone l'intero ordinamento penale al rigoroso rispetto del principio di legalità, allo scopo di garantire i diritti fondamentali, riconosciuti all'art. 2 Cost., nel rispetto del principio di uguaglianza (art. 3 comma 1 Cost.) e della inviolabilità della libertà personale, limitabile «nei soli casi e modi previsti dalla legge», in virtù di un «atto motivato dell'autorità giudiziaria» (art. 13 Cost.). Il principio di legalità opera anche nell'ambito del processo penale, dalla precostituzione per legge del giudice naturale (art. 25, co. 2, Cost.) all'attuazione della giurisdizione «mediante il giusto processo regolato dalla legge» (art. 111, co. 1, Cost.), al vincolo per cui i giudici «sono soggetti soltanto alla legge» (art. 111, co. 7, Cost.), alla sottoposizione del Pubblico Ministero alla legge, cui è vincolato nel far valere la pretesa punitiva, senza alcuna discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale (art. 112 Cost.). Sul rapporto tra individuo e autorità nell'impianto costituzionale, cfr. per tutti G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1976, *passim*, e in particolare p. 301 ss. Sulla garanzia costituzionale della libertà personale, cfr. in particolare G. AMATO, *sub* art. 13, in AA.VV., *Rapporti civili*, in *Comm. della Cost. Branca*, Bologna–Roma, 1977, p. 1 ss.; M. PISANI, *Libertà personale e processo*, Cedam, Padova, 1974, *passim*. Sulla legalità nel processo, cfr. per tutti M. CHIAVARIO, voce *"Norma (dir. Proc. Pen.)"*, in *Enc. Dir.,* XVIII, Milano, 1978, p. 439 ss.

[49] Sulla crisi della legalità nel diritto sostanziale, cfr. E. DOLCINI, *Leggi penali* ad personam, *riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, p. 50 ss.; G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico – istituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, p. 137; F.C. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 230 ss. Per considerazioni cruciali sull'offuscamento della legalità processuale nell'esperienza giudiziaria, cfr. M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998, p. 204; A. PADOVANI, I*l crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Indice pen.*, 1999, p. 527 ss.; E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale,*

penale[50], causata da una molteplicità di fattori[51], tra i quali vi è indubbiamente il prepotente affacciarsi degli organismi sovranazionali e internazionali che da un lato, sul piano delle fonti, rivendicano una competenza almeno indiretta di carattere penale, e dall'altro, per il tramite della Corte di Strasburgo, tendono ad riscrivere principi fondamentali in materia penale, come quelli della riserva di legge e della retroattività della legge penale più favorevole.

Come da taluno osservato, «anche rispetto al diritto penale, è indubbiamente difficile stabilire con precisione, quando e come "l'età dello Stato-nazione, dei sistemi di diritto nazionale e delle culture giuridiche nazionali" abbia iniziato la

---

filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., 2004, p. 432 ss., che sviluppa considerazioni critiche sull'attuale idoneità del principio di legalità a esprimere la complessità della società contemporanea, concludendo tuttavia che compito degli studiosi è recuperare il prestigio che avevano i Maestri nella tradizione liberale italiana «per difendere cocciutamente la legalità»; cfr., altresì, P. COSTA, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, p. 1 ss.; F.C. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, p. 1279 ss.; AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2008.

[50] In linea più generale, può dirsi che uno degli emblemi di questa generazione, intesa come non un semplice periodo di tempo un nascere o morire in anni contigui, ma un orizzonte di problemi e di risposte (N. IRTI, *La filosofia di una generazione*, in ID., *Diritto senza verità*, GLF Editori Laterza, Roma-Bari, 2011), è la crisi del sistema delle fonti, riverbero di una crisi più vasta che coinvolge in realtà l'idea stessa di Stato moderno così come era stato concepito e inteso fino al XX secolo. In dottrina, v. W. CESARINI SFORZA, *La crisi delle fonti*, in *Arch. Giur.*, 1936, p. 18 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, in G. AMATO-A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. I, *Diritto pubblico generale*, Il Mulino, Bologna, 1975, p. 117 ss.; F. MODUGNO, *è possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?* (2008), in *www.associazionedeicostituzionalisti.i*t; L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, Annali, Vol. II, t. 2, 2008, p. 536 ss.

[51] Per un verso la legalità è in crisi in virtù delle acquisizioni sempre più cogenti provenienti dalla ermeneutica giuridica, che hanno falsificato il criterio metodologico, su cui si reggeva il dogma della legalità e della sottoposizione rigida del giudice alla legge, ipotizzante un rapporto univoco di dipendenza del risultato dell'interpretazione dal testo di legge. Per un altro verso la legalità è in crisi in relazione al progressivo decadimento dello stato nazionale e alla disgregazione (e falsificazione) del concetto di sovranità (strettamente collegato al concetto di legalità nelle sue origini e movenze storiche). Secondo M. RONCO, *La legge penale, Fonti, tempo, spazio, persone*, II ed., Zanichelli, Bologna, 2010, p. 21, «il sistema giuridico che si sta profilando all'inizio del nuovo millennio, con riferimento soprattutto a due profili di grande rilievo, rispettivamente la tutela dei diritti umani e il governo dell'economia, non consente più di ritenere valido il paradigma euristico della sovranità degli Stati e della gerarchia tradizionale delle fonti. Né è possibile allo stato intravedere la sostituzione del vecchio con un nuovo sovrano. Piuttosto è dato constatare attualmente, senza con ciò potersi prevedere i possibili sviluppi futuri, l'affermarsi di una situazione nella quale l'ordinamento giuridico appare irriducibile a un semplice atto di volontà sovrana». In dottrina, v. anche U. PAGALLO, *Testi e contesti nell'ordinamento giuridico: sei studi di teoria generale del diritto*, Cedam, Padova, 2001, *passim*.

sua parabola discendente»[52]. Certamente, tra le due guerre mondiali[53] vi sono stati tentativi – non marginali – di integrazione sovranazionale in ambito penale[54]. Ciononostante, si ritiene che il processo di erosione della legalità statale

[52] A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 1, che richiama SCHULZE, *Un nouveau domaine de recherche en Allemagne: l'histoire du droit européen*, in *Rev. Dr. Franç. Étr.*, 1992, p. 39.

[53] A dire il vero, segnali a favore della internazionalizzazione del diritto penale sono stati riscontrati anche prima dello scoppio dei due conflitti mondiali. In particolare, nell'ambito delle proposte avanzate ai fini della configurazione di un diritto penale internazionale, merita di essere segnalato il progetto di Statuto per una Corte penale internazionale, presentato dal fondatore della Croce Rossa, Gustavo Moyner, già nel 1864. Successivamente alla guerra franco-prussiana (1870-1871) si era formato un movimento transnazionale di società scientifiche, in particolar modo a difesa dei diritti umani e a quelli contro la pena di morte (si pensi a numerosi convegni internazionali, tra i quali quello di Firenze del 1841 e quello di Londra del 1872). È stato necessario attendere il 1899 perché vedesse la luce una società scientifica forte come l'Unione Internazionale di Diritto Penale, fondata da tre eminenti penalisti del centro e del nord Europa: Franz von Liszt di Marburgo, Gerhard van Hamel di Amsterdam e Adolph Prins di Bruxelles, ai quali si aggiunsero più tardi Enrico Ferri e Raffaele Garofalo. Nel periodo antecedente alla Prima Guerra Mondiale, si sono registrate le prime tre manifestazioni del diritto penale internazionale: il divieto di pirateria e la sua configurazione come crimine internazionale (Trattato di Utrecht del 1712); la lotta contro la "tratta delle bianche" del 1904; le prime convenzioni sul diritto della guerra, dalle Convenzioni dell'Aia del 1899 fino a quella, in particolare, del 1907.

[54] A seguito della prima guerra mondiale, nel Trattato di Versailles (artt. 227-230) si era affermato il principio della responsabilità penale per i vertici dei governi che muovono guerre di aggressione o commettono crimini di guerra. La società delle nazioni ha rappresentato il primo tentativo di istituire un ordine giuridico mondiale ed un governo comune del mondo. Il suo Comitato consultivo di giuristi, presieduto da Barón Descamps, propose la costituzione di un Tribunale permanente di giustizia internazionale, che prevedeva anche la creazione di una Corte penale. L'assassinio terroristico del Re di Jugoslavia nel 1934 a Marsiglia fu l'occasione per la proposta di un trattato contro il terrorismo e di un altro per la fondazione di un tribunale internazionale per giudicare tali fatti. All'iniziativa della Società delle Nazioni in materia penale sono riconducibili anche le convenzioni contro la schiavitù (1926) e contro il lavoro forzato (1930), contro il traffico di stupefacenti (1936), contro la tratta delle donne (1933) così come quella contro la falsificazione delle monete (1929). Alla della seconda guerra mondiale seguì la proclamazione del carattere universale ed imprescrittibile dei crimini di guerra e dei crimini dell'umanità e – non meno importante – si esercitò il potere di persecuzione transnazionale di tali delitti attraverso un tribunale internazionale quale fu il Tribunale Penale Militare Internazionale di Norimberga. Quest'ultimo giudicò e condannò i capi della Germania nazista ed affermò una volta per tutte il catalogo dei principi di diritto e della giustizia penale universale, noti come "Principi di Norimberga", che furono approvati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite l'11 dicembre del 1946. Tra il 1945 e il 1951 le Nazioni Unite da una parte recuperarono convenzioni internazionali del periodo della Società delle Nazioni, come quella relativa alle relazioni diplomatiche, al traffico di stupefacenti, alla tratta di donne, al traffico di pubblicazioni oscene, e dall'altra parte ne approvarono di nuove, come quella sul genocidio (1948) e allo statuto del rifugiato (1951). Furono inoltre istituite importanti organizzazioni internazionali, come l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), e si mantenne la preesistente Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL). Si ricostituirono le società scientifiche, come l'Associazione Internazionale di Diritto Penale (AIDP) a margine delle giornate di Norimberga, per impulso di Donnedieu de Vabres, e nel 1949 venne istituita la Società Internazionale di Difesa Sociale, ad opera di Filippo Gramatica e di Marc Ancel. Una nuova fase si aprì con l'inizio della guerra fredda, continuò con la Guerra di Corea e si concluse, dopo la caduta del muro di Berlino, con lo scioglimento dei blocchi politico-militari nel 1989. Questa fase ha segnato per certi versi un arresto importante del diritto penale internazionale perché, appena

possa farsi risalire alla nascita del Consiglio d'Europa che, come si è visto, è stato istituito al fine di realizzare «una più stretta unione fra i Paesi membri per salvaguardare e promuovere gli ideali e i principi costituenti il loro comune patrimonio», nella prospettiva di assicurare lo «sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»[55].

Basti pensare alla emanazione, su diretto impulso del Consiglio d'Europa, di numerose convenzioni, dai chiari risvolti penalistici, che hanno introdotto strumenti giuridici di cooperazione internazionale nella lotta contro il crimine. In particolare, in talune di queste convenzioni è stato disposto il ravvicinamento delle risposte sanzionatorie delle legislazioni nazionali contro taluni fenomeni criminali di rilievo europeo[56], con l'obiettivo di armonizzare gli ordinamenti penali nazionali in vista di una maggiore tutela dei diritti fondamentali.

Tuttavia, è soprattutto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e la relativa giurisprudenza dei giudici di Strasburgo che si è dato impulso ad un vero e proprio processo di avviamento della dimensione europea del diritto penale e si è assistito alla nascita di un «diritto comune delle garanzie»[57], rispetto al quale il diritto penale dei singoli Stati deve conformarsi, trattandosi di una fonte internazionale avente la veste di *lex superior* sulle leggi ordinarie statali, siano esse precedenti o successive alla entrata in vigore della Convenzione. Ben si spiegano, allora, le forti resistenze nazionalistiche alla CEDU innalzate dagli interpreti ed operatori del diritto che, nel "disperato"

---

cominciata l'opera progettata a San Francisco, si rinunciò alla costruzione di un vero e proprio ordine giuridico internazionale basato sulla Carta e sulla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, sottoscritta a Parigi nel 1948.

[55] Così, l'art. 1 dello Statuto del Consiglio d'Europa.

[56] Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle convenzioni in tema di tutela dei dati personali, terrorismo, riciclaggio, bioetica, beni archeologici e culturali, corruzione, ambiente, ove è evidente il tentativo di incoraggiare una effettiva armonizzazione di talune norme incriminatrici di settore in vista di una più efficace lotta alla delinquenza. In dottrina, v. F.C. PALAZZO, *L'influenza dell'attività del Consiglio d'Europa sul diritto penale italiano*, in AA.VV., *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 633 ss.; S. MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale, a cura della Fondazione Centro Internazionale su diritto e società*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 46 ss.

[57] La CEDU risulta ancora oggi la Convenzione più rilevante in materia penale, non solo per il fatto di racchiudere un coacervo di principi, diritti e libertà fondamentali, ma anche per il meccanismo di controllo previsto che realizza una sorta di «giustizia costituzionale soprannazionale», che integra e affianca le forme di controllo costituzionale eventualmente previste nei singoli Paesi membri. In questo senso, v. M. CAPPELLETTI, *Giustizia costituzionale soprannazionale*, in *Riv. Intern. Dir. Comp*., 1981, p. 647 ss.

tentativo di paralizzare gli effetti prodotti dalla Convenzione nell'ordinamento giuridico penale, hanno inizialmente ad essa attribuito in via interpretativa un rango puramente legislativo[58], negando che talune sue disposizioni siano *self executing*[59] o, ancora, ritenendo che i diritti sanciti dalla CEDU siano inidonei a garantire una tutela più organica o più accentuata di quella già prevista dalla Costituzione e dalle leggi nazionali[60].

Come si vedrà nel prosieguo della presente trattazione, tali resistenze da parte dei singoli Stati membri non sono del tutto sopite, tanto che attualmente si registra un vivace contrasto tra le Corti nazionali e la Corte di Strasburgo, in considerazione del fatto che – soprattutto in questi ultimi anni – l'influenza del sistema CEDU nel nostro ordinamento giuridico si è rivelata ancor più penetrante. Ciò risulta essere confermato dalle numerose riforme della legislazione penale italiana esplicitamente o implicitamente volte a consentire un adeguamento degli *standard* di garanzia di matrice convenzionale e, ancora di più, testimoniato dalla elaborazione, ad opera della Corte di Strasburgo, di una nozione sostanziale di reato e di pena che sta "stravolgendo" la sistematica penale italiana.

La dimensione europea del diritto penale, avviatasi con l'istituzione del Consiglio d'Europa e con le diverse convenzioni da questo emanate, ha assunto contorni ancor più marcati per effetto della nascita e del progressivo evolversi della Comunità europea prima e dell'Unione europea dopo. Evidente è, almeno all'inizio, la differenza tra gli obiettivi prefissati dal Consiglio d'Europa[61] e le finalità proprie della Comunità europea che, secondo quanto affermato nel preambolo del Trattato CEE del 1957, è sorta per «assicurare mediante

[58] Con conseguente possibilità di ammettere che leggi successive alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e rispetto ad essa meno garantiste possano derogarla. PALAZZO F.C.-A. BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezione e lontananze*, in *Riv. Intern. Dir. Uomo*, 1988, p. 33 ss.

[59] Cioè non direttamente applicabili in assenza di provvedimenti interni deputati a precisarle o completarle. V., ad esempio, L.F. ALBANO, *Le norme programmatiche della CEDU e l'ordinamento italiano*, in *Riv. Intern. Dir. Uomo*, 1991, p. 719 ss.

[60] V., per tutti, S. CIANCI, *Gli operatori del diritto e i diritti dell'uomo*, in *Giust. Pen.*, 1982, III, p. 313 ss.

[61] Come si è visto, il Consiglio d'Europa è stato creato essenzialmente con lo scopo di realizzare una più stretta unione fra i Paesi membri, al fine di salvaguardare e promuovere gli ideali e i principi costituenti il loro comune patrimonio.

un'azione comune il progresso economico e sociale» dei Paesi membri, «eliminando le barriere che dividono l'Europa».

Per attuare un programma di così grande impegno, agli organi della Comunità sono stati attribuiti poteri incisivi, in seguito ulteriormente rafforzati con la stipulazione dei Trattati e con la graduale estensione delle competenze comunitarie[62]. Ciò nonostante, come si vedrà, tra i poteri attribuiti agli organi comunitari dai Trattati (Trattato CE, Trattato CECA, Trattato Euratom) non erano inclusi quelli in materia penale e l'idea secondo cui «il diritto penale non rientra nelle competenze della comunità, ma in quelle di ciascuno Stato membro», veniva del resto confermata dalla lettura di taluni documenti comunitari[63] ed ulteriormente ribadita anche dalla giurisprudenza – almeno iniziale – della Corte di Giustizia[64].

Tuttavia, nonostante l'assenza di ogni esplicita attribuzione di competenza in materia penale a favore della Comunità europea, nel corso degli ultimi anni si è proceduto verso una progressiva azione di europeizzazione del diritto criminale condotta a più livelli. Prova ne è il mutamento all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali degli elementi costitutivi di diverse fattispecie penali nel segno di una loro graduale armonizzazione e l'introduzione *ex* novo, nei singoli Stati membri, di un numero ancora maggiore di fattispecie caratterizzate da una precettistica assai omogenea da un Paese all'altro. Ancora, la europeizzazione del diritto penale ha imposto la disapplicazione, in tutto o in parte, di talune norme incriminatrici e ha condizionato, in modo a dir poco evidente, la scelta

---

[62] Secondo V. GREMENTIERI, voce *Consiglio d'Europa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. III, 1989 p. 419 ss., la Comunità ha in parte sminuito il ruolo del Consiglio d'Europa poiché, attraverso la valorizzazione del cosiddetto «diritto comunitario non scritto» quale rimedio alle lacune dei Trattati, essa ha finito con l'ingerirsi nella tutela dei diritti fondamentali, che costituiva il prioritario settore di intervento del Consiglio d'Europa. Sul diritto comunitario non scritto, v., per tutti, S. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com*, 1994, p. 521 ss.; F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. Com. scambi intern.*, 1983, p. 409 ss.; F. CAPELLI, *I principi generali come fonte di diritto*, in *Dir. Com. scambi intern.*, 1986, p. 545 ss.; L. VACCA, *L'integrazione dell'ordinamento comunitario con il diritto degli Stati membri e con i principi generali di diritto*, in *Dir. Com. scambi intern.*, 1991, p. 339 ss.

[63] Cfr., *in primis*, l'Ottava relazione generale sull'attività delle Comunità europee del 1974, Bruxelles-Lussemburgo, 1975, p. 145, par. 90.

[64] Cfr. in particolare, Corte Giust. UE, 11 novembre 1981, causa 203/80 (Casati), in Racc., 1981, p. 2595 ss.; Corte Giust. UE, ord. 17 ottobre 1984, cause 83-84/84 (N.M. c. Commissione e Consiglio CE), in Racc., 1984, p. 3575 ss. In dottrina v. G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 1 ss.

delle sanzioni applicabili dagli Stati membri, non solo in sede di attuazione del diritto comunitario, ma anche in sede di normazione rispetto a materie aventi rilevanza comunitaria, in quanto interferenti con l'ambito applicativo di norme CE, sino a giungere alla nascita di un sistema punitivo accentrato di tipo para-penale.

La comprensione di questa articolata fenomenologia, destinata a modificare nel profondo i tratti salienti dei sistemi penali (e più in generale dei sistemi sanzionatori) nazionali può essere adeguatamente compresa ove si tengano presenti due distinti fattori, tra loro strettamente connessi: le fonti comunitarie sia primarie sia secondarie risultano in posizione di primato rispetto al diritto interno, e si rivelano nella massima parte dei casi dotate di efficacia diretta; la Comunità europea, sebbene in linea di principio priva di competenza penale, attraverso il principio di fedeltà comunitaria di cui all'art. 10 TCE[65] e attraverso il principio «non scritto» di proporzione può però sindacare l'idoneità delle sanzioni nazionali (anche penali) introdotte per assicurare l'esecuzione dei Trattai e degli atti comunitari, ed è inoltre legittimata da tutta una serie di norme contenute nei Trattati a irrogare sanzioni amministrative a contenuto punitivo-afflittivo, talora anche molto severe.

Tenuto conto che il diritto penale dello Stato moderno è stato un diritto essenzialmente "territoriale", caposaldo della sovranità nazionale, l'affermazione di questa nuova branca del diritto penale è stata caratterizzata da accese dispute di ordine dottrinario, sorte sulla configurabilità di una disciplina giuridica che, in nome della propria spinta autonomista, fosse in grado di recidere il legame, apparentemente indissolubile, con la funzione legislativa esercitata dal Parlamento; capace cioè di accelerare il processo di frantumazione del concetto di sovranità nazionale fino al punto di travalicare i limiti che definiscono la posizione di supremazia dello Stato sui soggetti che agiscono, o soltanto esistono, all'interno dell'ordinamento giuridico. Se il principio di legalità riposa sulla esigenza che la fonte delle norme penali esprima una cifra

[65] In base al quale «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».

reale di rappresentatività nei confronti dei destinatari, allora sarebbe incongruo, nell'attuale momento storico, postulare l'estensione della competenza penale diretta a favore di organismi sovranazionali e internazionali, poiché –come si vedrà in seguito – questi soltanto a fatica posseggono una ridotta e parziale valenza rappresentativa e poiché, se già è difficile ai cittadini conoscere la portata reale della legge nazionale, quasi impossibile per essi è la conoscenza della normativa di carattere sovranazionale o internazionale.

Al riguardo, bisogna precisare che a livello internazionale il principio di legalità è statuito all'art. 7 CEDU che, sotto la rubrica "*Pas de peine sans loi*" ovvero "*No punishment without law*", prevede che nessuno possa essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva infrazione secondo il diritto nazionale o internazionale, né che ad alcuno possa essere inflitta una pena più grave di quella vigente al momento del fatto [66]. Ancora, l'art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea delle Nazioni Unite, ed entrato in vigore il 15 dicembre 1978 (l. 25 ottobre 1977, n. 881) statuisce anch'esso il principio di legalità, affermato altresì agli artt. 22, 23 e 24 dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato dalla Conferenza delle Nazioni Unite il 17 luglio 1998 e ratificato dall'Italia con L. 12 luglio 1999, n. 232[67]. Rilevato quanto sopra, può dunque ammettersi l'europeizzazione del diritto anche in ambito penale, tale da tradursi nel parziale superamento della supremazia assoluta dei Parlamenti e delle loro leggi ad opera di una fonte di diritto "esterna"?

---

[66] È ammesso a favore della persona fisica, contro la violazione del principio di legalità, il rimedio giurisdizionale alla Corte europea dei diritti dell'uomo con sede a Strasburgo (artt. 10 ss. CEDU). Cfr. per tutti, A. BERNARDI, *sub* art. 7, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 249 ss. In ordine al rango delle norme convenzionali, a seguito della ratifica con L. 4 agosto 1955, n. 848, cfr. per tutti M. CHIAVARIO, L*a Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 36 ss., che esprime una opinione orientata a escludere il rango costituzionale delle relative norme, criticando la mancata adozione del procedimento della "costituzionalizzazione".

[67] Cfr., per tutti, M. CATENACCI, *"Legalità" e "tipicità" del reato nello Statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 153 ss., secondo cui gli artt. 21, 22 e 24 dello Statuto ripropongono una nozione di tipicità in linea con quella maturata negli Stati sotto la vigilanza del nullum crimen sine lege, se pur con gli adattamenti necessari ad armonizzarla alla realtà dell'ordinamento internazionale; A. ESPOSITO, *Il principio di legalità*, in G. LATTANZI–U. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale*, Milano, 2006, p. 219 ss.

3. *Dal modello kelseniano alla logica della "rete": il giudice nel labirinto penale*

Le evoluzioni degli ultimi cinquant'anni e, in particolar modo, dell'ultimo decennio, hanno mutato radicalmente il sistema delle fonti del diritto in materia penale. Deve ormai ritenersi superata la visione di Giannini che negli anni '40 descriveva la scienza penale come una «Cina imperiale chiusa nelle sue muraglie e con i porti sbarrati»[68], una cittadella «asserragliata e conchiusa attorno all'agorà del Parlamento nazionale»[69].

In un ristretto arco temporale, le accelerazioni compiute sul piano del diritto internazionale hanno determinato una autentica rivoluzione copernicana anche nel diritto penale, ovvero in quel settore in cui il dogma della sovranità sembrava «il più duro a resistere, il più duro a morire»[70]. A ciò hanno contribuito, da un lato i vari Trattati comunitari – che, gradualmente, hanno sottratto ai singoli Stati membri porzioni di sovranità – e, dall'altro, i patti internazionali, tra i quali la CEDU[71] e le altre convenzioni (e i relativi protocolli) sottoscritte in seno al Consiglio d'Europa e ad organizzazioni più estese, come l'ONU[72] e l'OCSE[73].

---

[68] M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, p. 179 ss.

[69] Così, V. MANES, I*l giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike giuridica, Roma, 2012, p. 2. Del resto, si riteneva che quanto detto trovasse conferma nella stessa Carta Costituzionale, ove all'art. 25 Cost. è sancito il principio di legalità penale, nonostante le timide aperture al diritto internazionale e sovranazionale operate per il tramite degli artt. 10 e 11 Cost. e, successivamente, dell'art. 117 Cost., così come novellato nel 2001. Sul punto v. ROMANO M., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte Costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2008, p. 538 ss.

[70] M. GALLO, *Luci ed ombre su un sistema penale europeo*, in MOCCIA S. (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli, 2004, p. 353.

[71] Sulla CEDU, cfr. V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 69 ss.; O. POLLICINO– V. SCIARRABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, II, Cedam, Padova, 2011, p. 1 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 18 ss.; F. MAZZACUVA , *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, in CADOPPI A.-CANESTRARI S.-MANA A.-PAPA M. (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Utet Giuridica, p. 246 ss. La CEDU, rispetto ai normali trattati internazionali (ed anche dalle altre convenzioni sancite dal Consiglio d'Europa), presenta almeno tre tratti distintivi che la rendono uno strumento del tutto originale e ben più importante di analoghi strumenti pattizi. In primo luogo, essa disciplina un oggetto evidentemente peculiare, occupandosi di diritti e libertà fondamentali ed avendo dunque una chiara sostanza

costituzionale, esplicitamente messa in luce quando si riconosce la CEDU come «instrument constitutionnel de l'ordre public européen» (cfr., in particolare, Corte EDU, Grande Camera, 23 marzo 1995, Loizidou c. Turchia). Dalla materia regolata – i droits de l'homme – discende anche la sua vocazione universale, con conseguente riluttanza ad adottare le categorie giuridiche degli ordinamenti dei singoli Stati membri. In secondo luogo, la Convenzione instaura un sistema oggettivo di tutela che non prevede il principio di reciprocità, tipico dei trattati internazionali ordinari, secondo il quale lo Stato parte è tenuto a rispettare il trattato a condizione e fino a quando le altre parti contraenti ne osservino le previsioni. Ne è conferma il fatto che anche gli apolidi, e non solo i cittadini di uno degli Stati membri, vengano tutelati, a condizione che si trovino nel territorio di uno degli Stati firmatari. Inoltre, anche uno Stato membro – mediante il ricorso interstatuale alla Corte di Strasburgo (disciplinato dall'art. 33 CEDU, ai sensi del quale «Ciascuna Alta Parte contraente può adire la Corte in ordine ad ogni presunta violazione delle disposizioni della Convenzione e dei suoi protocolli da parte di un'altra Parte contraente») – può agire contro un altro Stato per chiedere che sia accertata la violazione di una delle disposizioni della Convenzione anche quando nella Convenzione non sono coinvolti suoi cittadini, come nel celebre caso dei ricorsi dei governi di Danimarca, Svezia, Norvegia e Olanda contro la Grecia (Commissione EDU, 24 gennaio 1968). In terzo luogo, la CEDU si iscrive in un peculiare contesto istituzionale, che comprende sia un organo giurisdizionale – la Corte europea dei diritti dell'uomo, cui compete di assicurare «il rispetto degli impegni derivanti dalla Convenzione dai suoi Protocolli alle Alte Parti contraenti» (art. 19) e, dunque, di accertare eventuali violazioni, – sia un organo politico (il Comitato dei ministri), che ha il compito di verificare – inter alia – che gli Stati ottemperino all'obbligo di dare esecuzione alle sentenze della Corte. Proprio il disporre di una giurisdizione propria ed autonoma – formata da 47 giudici eletti sulla base delle indicazioni degli Stati ma comunque indipendenti e non rappresentanti del Paese a titolo del quale sono stati eletti – costituisce la peculiarità principale del sistema di tutela della CEDU, che ha nella Corte il proprio custode e garante, competente a giudicare su «tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione di tali strumenti» (art. 32 CEDU) e soprattutto competente – nel caso in cui accerti con sentenza la violazione della Convenzione – a condannare lo Stato a riparare le conseguenze della violazione medesima, o comunque ad accordare alla parte lesa «un'equa soddisfazione» di carattere pecuniario (art. 41 CEDU) con una decisione cui è riconosciuta forza vincolante per lo Stato nei cui confronti è pronunciata (art. 46 CEDU). Secondo il vigente sistema procedurale, come sopra detto, alla Corte EDU può proporre ricorso uno degli Stati contraenti contro un altro Stato (è il c.d. ricorso interstatale), ma ad essa può rivolgersi anche – direttamente e senza filtri - «ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di individui che pretenda di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti dalla Convenzione o dai suoi protocolli» (è il c.d. ricorso individuale, disciplinato dall'art. 34 CEDU). In particolare, lo strumento del ricorso individuale permette ad ogni individuo che ritenga di aver subito una lesione di uno dei diritti (o libertà) sanciti nella Convenzione di adire la Corte per chiedere di riconoscere la violazione subita. Peraltro, la Corte stessa riconosce tale strumento giuridico come «uno dei pilastri essenziali del sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali». In effetti, tale facoltà è rimessa ad ogni individuo (a prescindere che sia cittadino dello Stato resistente o di altro Stato, firmatario o meno della Convenzione) che si trovi sul territorio di uno dei 47 Stati membri, sulla base della condizione di aver previamente esaurito «tutte le vie di ricorso interno» (ossia, a condizione – stabilita a pena di irricevibilità – di aver già infruttuosamente esperito i rimedi giurisdizionali riconosciutigli in base al proprio ordinamento di appartenenza ex art. 25, n. 1, CEDU). Ciò, unitamente alla progressiva estensione dei Paesi aderenti al Consiglio d'Europa e alla CEDU, spiega l'altissimo numero dei ricorsi che stanno "ingolfando" l'attività della Corte europea, tanto da rendere urgente l'introduzione di meccanismi deflattivi volti a consentire un corretto funzionamento dell'organo giurisdizionale. È proprio per rispondere a questa esigenza che con il Protocollo n. 14 è stato introdotto un criterio de minimis – all'art. 35, n. 3, CEDU – che autorizza la declaratoria di irricevibilità del ricorso nei casi in cui il ricorrente non abbia subito «alcun danno rilevante», salvo che il rispetto dei diritti umani non esiga un esame del ricorso nel merito. Sul punto, v., *ex multis*, B. RUEDIN, *De minimis non curat the European Convention of Human Rights: the introduction of a new admissibility criterion (article 12 of Protocol No. 14)*, in European *Human Rights Law Review*, 2008, p. 80 ss.; J. HEDIGAN, *The European Court of Human Rights:*

Alla metamorfosi del sistema, divenuto oggi un insieme per così dire «policromo», si è dato avvio per effetto dell'incessante moltiplicarsi di fonti giuridiche, peraltro "nuove" rispetto al passato. Invero, in questi ultimi anni gli interpreti e gli operatori del diritto penale si sono trovati a dover "maneggiare" strumenti sconosciuti alla tradizione penalistica, come le «disposizioni senza

Yesterday, Today and Tomorrow, in German Law Journal, n. 12/2011, p. 1716 ss.; J. RINCEANU, *Tutela europea dei diritti dell'uomo: sviluppo, problemi attuali e processi di riforma*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2010, p. 239 ss. O. POLLICINO-V. SCIARRABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, II, Cedam, Padova, 2011, p. 25 ss. hanno rilevato che la Corte EDU, per gestire il contenzioso, abbia progressivamente limitato gli spazi di discrezionalità dei singoli Stati, decidendo sempre più spesso non solo sull'an della violazione, ma anche sul quomodo della riparazione (effetto diretto); inoltre, secondo gli Autori, la Corte di Strasburgo ha iniziato ad argomentare secondo tecniche che consentirebbero di riferire gli effetti delle sue decisioni al di là dei casi concreti su cui era chiamata a pronunciarsi (effetto indiretto).

[72] Si pensi, in particolare, alla Convenzione ONU del 1999 contro il finanziamento al terrorismo (ratificata dall'Italia con la Legge n. 7/2003); alla Convenzione di Palermo contro il crimine organizzato transazionale del 2000 si cui v., *amplius*, E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano: la Convenzione ONU di Palermo*, Ipsoa, Milano, 2007, *passim*; alla Convenzione di New York contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti del 1984, invocata – al fianco della giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 3 CEDU – nella sentenza Cass. Pen., Sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, in *www.penalecontemporaneo.it*, con commento di COLELLA A., *Sui fatti del G8 per denunciare l'attuale inadeguatezza dei presidi penali contro fatti riconducibili alla nozione di "tortura" o a quella di "trattamenti inumani o degradanti"*. La predetta Convenzione di New York del 1984 è stata altresì invocata da Trib. Lecce, Sez. G.i.p., ord. 3 luglio 2008, inedita, per escludere la necessaria presenza dello straniero sul territorio dello Stato (ai sensi dell'art. 10 c.p.) e per affermare come necessaria la sola richiesta del Ministro della Giustizia, al fine di procedere in relazione a fatti – commessi nel territorio di uno Stato estero in danno di un cittadino italiano, deceduto mentre si trovava in stato di fermo in un carcere messicano, in stato di isolamento privo di assistenza sanitaria, nonostante le precarie condizioni di salute – ritenuti dal giudice riconducibili alla nozione di tortura.

[73] In particolare, la Convenzione OCSE del 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche. Accanto alle convenzioni sottoscritte dall'OCSE e dall'ONU vi sono poi gli strumenti (raccomandazioni, general statements of policy, linee-giuda, procedure, codici di condotta, best practices, etc.) predisposti anche da organismi intermedi in ambiti settoriali ma con chiara vocazione universale che, peraltro, si collocano su un confine ancora più ambiguo tra dimensione prescrittiva, interpretativa o semplicemente esortativa, così sconfinando – non di rado – nella c.d. soft law. Si pensi alle "40 raccomandazioni" del GAFI in materia di contrasto al riciclaggio o, ancora, alle Linee guida elaborate dal CESR (The Committee of European Securities Regulators) in tema di market abuse che, come affermato da TRIPODI A.F., Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario, Cedam, Padova, 2012, p. 67 (nota 46), pur non costituendo indicazioni formalmente vincolanti, «rappresentano dei riferimenti nella prassi imprescindibili». Su quest'ultimo punto, v. più ampiamente E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2012, cap. II e F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, Giuffrè, Milano, 2010, cap. I. Si tratta di «fonti atipiche non disciplinate da norme sulla produzione giuridica, improntate al mero principio di effettività e in questa prospettiva tutt'altro che irrilevanti ancorché non dotate di piena obbligatorietà», su cui v. *amplius* A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e "soft law"*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. I, Jovene, Napoli, 2011, p. 3 ss. Cfr., inoltre, E. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Franco Angeli, Milano, 2014, p. 22 s. che rileva come, di fronte a queste fonti, è il giudice, in definitiva, che «determina la natura dell'atto e i suoi effetti giuridici» e che «decide, cioè, cosa sia "diritto" e cosa no».

norme» e le «fonti senza disposizioni». Mentre con la prima espressione si fa riferimento alle Carte dei diritti (*in primis*, la Carta di Nizza e la CEDU) – di per sé scarne ed essenziali, spesso ellittiche, e comunque insoddisfacenti senza le relative concretizzazioni giurisprudenziali che ne offrono il significato attuale[74] – , con la seconda espressione ci si riferisce, invece, alla giurisprudenza-fonte delle Corti europee, che hanno visto col tempo affermarsi con intensità crescente il proprio ruolo protagonistico[75].

Vi sono, poi, fonti valide ma con effetti solo "mediati" (o "indiretti") che abbisognano della mediazione dello Stato per poter avere applicazione. Ne è un esempio emblematico la produzione normativa dell'Unione europea nel contesto penale poiché, pur a seguito del riconoscimento di competenze autonome ed accessorie ex art. 83 TFUE, non può «avere effetti diretti di portata incriminatrice o aggravatrice della responsabilità penale»[76], necessitando di un atto di recepimento statale per produrre effetti sulla sfera giuridico-penale dei singoli individui. Lo stesso è a dirsi delle norme CEDU che, al pari delle prime, sono insuscettibili di diretta applicazione ma che, ciononostante, hanno il valore di norme interposte. Vi sono infine, sul fronte interno, fonti vigenti ma prive di applicabilità, come le disposizioni nazionali destinate a non avere applicazione se contrastanti con una fonte comunitaria.

Si è giunti così alla progressiva consunzione del sistema penale incentrato sulla sovranità degli Stati e sul relativo monopolio nella produzione giuridica, accompagnata dal crepuscolo della statualità e della autarchia dello *ius puniendi,* finendo per depolarizzare le fonti di produzione delle dinamiche punitive, dei

---

[74] Afferma A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 93 che il «dinamismo "teleologico"» della Corte di Strasburgo «risulta legittimato dal fatto che le disposizioni CEDU, conformemente al loro prevalente carattere di norme di principio (anche se, per vero, spesso alquanto dettagliate), lasciano non di rado ai loro interpreti un margine d'azione assai ampio».

[75] Sul punto, un prezioso affresco si deve a S. CASSESE, *I tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009, p. 31 ss.; B. CONFORTI*, Il ruolo del giudice nel diritto internazionale*, in *European Journal of Legal Studies*, n. 1/2007, p. 1 ss.

[76] Come si vedrà meglio nel prosieguo della trattazione, la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE afferma che «una direttiva non può avere l'effetto, di per sé ed indipendentemente da una norma giuridica 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». Così, Corte Giust. UE, 11 giugno 1987, C-14/86, Pretore di Salò c. X, in Racc., 1987, p. 3969, punto 13. Nella giurisprudenza italiana, il principio è stato accolto in materia di rifiuti da Cass., 26 giugno 19997, in Cass. Pen., 1999, p. 269.

loro presupposti e dei relativi limiti. Con la disgregazione della sovranità legislativa dei Parlamenti nazionali si è registrata, anche in materia penale, una «frantumazione stellare del sistema delle fonti: tanto che diventa persino difficile parlare di "sistema" – o di ordinamento come "sistema ordinato ed ordinante di norme"[77] – e che appare quasi ingenua (o illusoria) l'indicazione dell'art. 117 Cost., secondo comma, lett. l), Cost., in base al quale lo Stato ha "legislazione esclusiva" – *inter alia* – nella "materia" qualificata come "ordinamento penale"»[78].

Giocoforza, non può più ritenersi attuale la struttura piramidale kelseniana per descrivere il sistema delle fonti del diritto[79]. Secondo lo Stufenbau di Kelsen e di Merkl[80], le fonti sono collocate secondo un ordine rigoroso e gerarchico, tra di loro in rapporto di subordinazione e non di coordinamento, al cui vertice domina incontrastata la Costituzione. Il modello piramidale, in altri termini, è espressivo di un sistema unitario e verticistico[81], incentrato su un principio di legalità richiedente una precisa gerarchia nei testi normativi, e dunque «costretto» all'interno di una razionalità deduttiva e lineare. L'architettura classica – fondata sul sistema kelseniano del diritto, a carattere gerarchico[82], lineare[83] e arborescente[84] – è stata soppiantata da un sistema reticolare, orizzontale e aperto[85], caratterizzato da una moltiplicazione di fonti appartenenti a sistemi eterogenei, dall'intreccio di norme prive di un preciso ordine gerarchico

[77] Tanto che vi è ormai chi parla di "disordinamento giuridico": G. ITZCOVITCH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Dir. Pubbl. com. eur.*, 2009, p. 49 ss. V. anche A. RUGGERI, *è possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in ID., "*Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 433 ss.

[78] V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica, Roma, 2012, p. 19.

[79] Sulla dissoluzione della piramide kelseniana e della sistematica a gradini di matrice tedesca, sostituite da una struttura "reticolare" del sistema delle fonti, v. DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, pp. 145 e ss.

[80] H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 145 ss.; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1990, p. 251 ss.

[81] Si tratta di un modello giuridico "verticale e chiuso", poiché fondato su norme rigidamente gerarchizzate e dotate di vigenza circoscritta al territorio dello Stato.

[82] Ovvero formato da norme e organi legati tra loro da un rapporto di sovraordinazione o subordinazione.

[83] Cioè composto da relazioni giuridiche "a senso unico", senza possibilità di inversione tra di esse.

[84] In quanto fondato su una Grundnorm destinata a ramificarsi progressivamente in successive norme di grado inferiore.

[85] In quanto pensato con riferimento ad un insieme di sistemi giuridici "paralleli", caratterizzati da forme di interrelazione variegate ed elastiche.

e dalla costruzione di un diritto «a più mani»[86], con conseguente rivalutazione dell'apporto della giurisprudenza nel complessivo sviluppo del discorso giuridico-penale[87].

Come da più parti evidenziato, la progressiva erosione del tradizionale modello «piramidale» e la parallela affermazione di un modello improntato alla logica della rete[88] è un fenomeno conosciuto anche in ambito penale[89], quale

[86] Si tratta di un paradigma composto da un insieme di norme formate grazie al contributo di una eterogenea pluralità di autori, caratterizzate da "gerarchie accavallate" o da "strani anelli", così chiamati da M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. Dir.*, 2001, p. 665. Precisa A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 84 ss., che il complessivo processo di ripensamento del tradizionale modello giuridico "verticale e chiuso" a favore di un modello alternativo "orizzontale e aperto" non è un fenomeno circoscritto al settore penale e alla prospettiva europea.

[87] Scrive A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 84, «Si assiste ad un allontanamento graduale (anche se, per vero, solo parziale e non privo di resipiscenze) da ogni approccio "autarchico" al fenomeno giuridico-penale; da ogni approccio volto cioè all'enfatizzazione delle peculiarità dogmatiche dell'ordinamento interno, vissute come espressive del particolare contesto socio-politico di riferimento, ovvero addirittura come sintomatiche di una superiore cultura giuridica».

[88] Afferma A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 84: «L'attuale evoluzione della realtà europea verso forme sempre più ampie e intense di aggregazione tra Stati porta acqua al mulino di siffatti modelli: il sorgere di forme di sovranità "divise" e relative, l'affermarsi di sistemi giuridici creati attraverso sedimentazioni successive per effetto dell'interazione di una pluralità di attori nazionali e sovranazionali**,** l'emergere di prassi giurisprudenziali fortemente "evolutive" (dunque consone ad una realtà sociale e istituzionale in veloce mutamento) o addirittura di presunte forme di "governo dei giudici", rafforza indubbiamente la propensione a recepire modelli giuridici almeno in parte dimentichi della logica aristotelica e ispirati al paradigma della "rete", dunque flessibili e policentrici, caratterizzati da fonti "aggrovigliate" e da una giurisprudenza dinamica se non addirittura creativa. Riprendendo una recente, fortunata immagine, sembra possibile affermare che ormai, secondo molti studiosi, la struttura "piramidale" del sistema giuridico, pur non venendo del tutto meno e dunque mantenendo spazi di validità, tende a soccombere rispetto a una struttura "reticolare", volta per l'appunto a valorizzare la moderna dimensione pluralistica e dinamica del diritto». Si ritiene che i diritti dell'uomo contribuiscano al tramonto della struttura piramidale delle fonti di stampo kelseniano al pari dei fattori più strettamente riconducibili al pluralismo giuridico. V. per l'immagine della rete F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e pluralismo normativo*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 29 ss. il quale ritiene che il modello piramidale, sebbene non soppiantato del tutto, sia stato affiancato dal modello concorrente della rete: «con la rete lo Stato cessa di essere la fonte esclusiva della sovranità (questa non si dispiega soltanto su livelli diversi tra poteri pubblici infra e sovra-costituzionali, ma si ridistribuisce anche fra poteri privati); i poteri interagiscono (i giudici diventano coautori della legge e le delegazioni del potere normativo, formalmente vietate, si moltiplicano); i sistemi giuridici, e più in generale i sistemi normativi, si ingarbugliano; la giustizia, infine, che il modello piramidale si proponeva di ancorare a gerarchie assiologiche fissate dalla legge, si coglie oggi in termini di bilanciamento di interessi e valori tanto diversi quanto variabili». G. SILVESTRI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Pol. Dir.*, p. 149 ss. richiama l'immagine della costruzione barocca. Invece, A. PREDIERI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità Europea*, in AA.VV., *La Corte costituzionale*

diretta conseguenza della frattura conosciuta dalla legalità penale tra il piano dei principi e quello della realtà[90]. Il corollario della riserva di legge vuole che la materia *de qua* resti riservata alla sovranità popolare, espressa attraverso il Parlamento nazionale. Tuttavia, la realtà ha registrato, da un lato che alla Costituzione e alle leggi nazionali si sovrappongono o, alle volte, si affiancano atti internazionali e norme comunitarie che hanno ricadute penalistiche frequenti; dall'altro, che la Corte di Giustizia dell'Unione europea si contende con la Corte EDU, con i Tribunali ad *hoc* e con la Corte penale internazionale dell'Aja, competenze sempre maggiori che si intrecciano con quelle delle giurisdizioni interne.

---

tra diritto interno e diritto comunitario, Giuffrè, Milano, 1991, p. 115 ss., evoca l'immagine dell'arcipelago.

[89] Sull'onda appunto del progressivo processo di europeizzazione del diritto, anche una parte della dottrina penale ha iniziato a evocare l'ipotesi di un diritto criminale a carattere degerarchicizzato e dialettico. In particolare, M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 141 ss., evocando l'immagine di un droit flou ispirato ad una «logica del molteplice», indotta o comunque favorita dell'attuale «destatualizzazione del diritto», ha suggerito una prospettiva di indagine aperta a ulteriori sviluppi. In Italia, in sostanziale consonanza con tale impostazione e nell'ottica di una teoria postmoderna del diritto, G. FIANDACA-M. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1994, p. 27 ss., hanno affermato che «la tesi tradizionale di un unico sistema chiuso» sembra ormai da respingere, per «configurare in sua vece un sistema cosiddetto "a rete": costituito cioè da diversi sistemi autonomi posti in rapporto di integrazione complessa e fluida di associazioni e dissociazioni di diverso grado ed intensità». La tesi, volta ad ammettere la possibilità di applicare al campo penale una teoria dialettica del diritto, è stata poi ripresa da un numero crescente di penalisti, italiani e non. Nella dottrina italiana, v., in particolare, M. DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1814 ss.; M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. Dir.* 2001, p. 633 ss. Scrive V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike giuridica, Roma, 2012, p. 2: «Quasi un paradosso per un diritto che da sempre si è attestato quale prerogativa di quella stessa sovranità – assumendo la pena come fondamentale instrumentum regni – e che ha poi radicato la propria originaria legittimazione sulla rappresentatività democratica. È per questa ragione, del resto, che in materia penale i movimenti tellurici e le scosse di assestamento che hanno come epicentro la sede sovranazionale appaiono non solo più avvertiti ma anche più turbolenti e traumatici; anche se i penalisti – teorici e pratici – si stanno ormai abituando a colpi di scena vertiginosi e sempre più frequenti».

[90] Nella letteratura penalistica italiana v. A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 84 ss.; A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e "soft law"*, in *Riv. it. Dir e proc. pen.*, 2001, P. 536 ss.; M. DONINI, U*n nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1808 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 154 ss. Significativo che l'opera di F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramde au réseau. Pour une theorié dialectique du droit, Facultés universitaires Saint-Louis*, Bruxelles, 2002, si apra con due illustrazioni volte a raffigurare le due strutture descritte (piramidale e reticolare) e, per simboleggiare la piramide, venga scelto il frontespizio del Leviatano di Hobbes (con la spada e la croce volte effettivamente a delineare una figura piramidale), ossia l'opera rappresentativa del momento di apice della sovranità statuale nella filosofia politica e della nascita del positivismo giuridico.

Ed allora, non stupisce che da più parti sia stata rievocata l'immagine dell'ordine giuridico medievale[91], frutto di un diritto «nella sua essenza, scardinato dal potere politico e dalla sua proiezione storica più ingombrante, lo Stato»[92], e scarmigliato in una continua interconnessione di fonti, di ordini, di regole, senza che nessuna fosse in grado di misurare sull'altra il proprio grado di giuridicità.

L'intrecciarsi reticolare delle fonti si caratterizza per l'assenza di un centro di imputazione giuridica, sostituito da un policentrismo di soggetti[93]. Una produzione policentrica e reticolare che ormai costringe l'interprete ad una costante opera di ricostruzione, mediazione, persino individuazione del corretto gradino gerarchico e del grado di forza vincolante della fonte, o del rapporto di prevalenza tra diverse fonti confliggenti. E così, «sembra aver ragione chi ha sottolineato […] che il giudice – per lungo tempo prigioniero della veste e della funzione di "macchina per sillogismi" utopizzata dall'illuminismo giuridico, appaia ormai una sorta di "rapsodo" – deuteragonista del legislatore e *lector in*

[91] Un accostamento tratteggiato, con avvertenze e puntualizzazioni, nelle lezioni di P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 15 ss., p. 43 ss., p. 71 ss.; P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, in *Quaderni fiorentini*, 2003, p. 39 ss.; M. DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1814.

[92] P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma, 2006, p. 29 ss.

[93] Rileva M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, p. 173: «[…] mentre le politiche e il diritto nazionali tendevano a coincidere consentendo di pensare come un'unità la questione della legittimazione democratica del potere e quella del controllo delle decisioni che esso assume, in quanto il potere politico (parlamento, governo) sottoposto a un controllo politico e giuridico, ha un centro di imputazione giuridica (legge, atti ad essa equiparati) sottoposto ad un controllo di costituzionalità, nel caso del diritto della globalizzazione e della trasformazione "reticolare" delle fonti quel centro di imputazione sembra svanire, sostituito da un policentrismo di soggetti. Questo distacco fra potere decisorio e imputazione normativa degli atti mette in crisi le forme tradizionali di controllo del potere e quindi la sua stessa legittimazione. Di qui una nota dialettica fra democrazia e globalizzazione. Questo distacco fra potere decisorio e imputazione normativa degli atti mette in crisi le forme tradizionali di controllo del potere e quindi la sua stessa legittimazione. Di qui una nota dialettica fra democrazia e globalizzazione. […] Sono decisioni assunte dai Governi della CE e dell'UE da cui si irradiano negli Stati membri con una forza spesso cogente e formalmente collaudata e ascrivibile a un centro di imputazione. Il primo passo per il controllo pubblico del potere è la sua ascrivibilità formale a un soggetto politicamente e giuridicamente rappresentato. Il modello europeo anzi costituisce una proposta originale di soluzione ai problemi della governance mondiale nell'età della globalizzazione[93]. È infatti una democrazia che ammette la necessità di sottrarre alle decisioni locali (in realtà: nazionali) molte scelte qualificanti, che esautorano le sovranità dei singoli Stati in vista di obiettivi comuni a ciascuno; essa è pertanto in dialettica con la sovranità degli Stati, ma al contrario della globalizzazione, attua una volontaria rinuncia controllata a parti di quella sovranità in funzione di un'identità avvertita come importante da tutelare: la scelta perciò appare democratica perché tutela un bene economico e culturale sentito come comune».

fabula – impegnato, anzitutto, a ricostruire le diverse tessere del mosaico giuridico, secondo una metodologia che – *mutatis mutandis* – sembra richiamare ben più le cadenze dinamiche dell'*interpretatio* medievale che non quelle anodine della mera esegesi»[94].

Ciò che è certo è che la rivoluzione nel sistema delle fonti ha innescato un processo di profonda trasfigurazione del ruolo del giudice, sempre più simile ad un rapsodo, se non piuttosto ad un *bricoleur*[95], coprotagonista del legislatore nella ricomposizione di una trama normativa che – ormai lontana dalla compiutezza che la tradizione illuministica le aveva attribuito – appare ormai come un mero semilavorato nelle mani di chi deve applicarla. Così, toltosi le vesti giuspositivistiche di semplice "notaio" della legge, proprio quando sembrava aver assicurato la sua autonomia ed ampliato i suoi orizzonti epistemiologici, il

[94] V. MANES, *Il Giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto nazionale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica, Roma, 2012, p. 20 s. Scrive ancora l'Autore che «In un simile contesto, insomma, sembra aver ragione chi ha sottolineato come il giurista "recettore" (di sostanze) – precipitato del positivismo giuridico e della sua metodologia avalutativa e contemplativa – abbia ormai lasciato il campo al giurista "tessitore" (di relazioni)». Nello stesso senso, cfr. M. VOGLIOTTI, *La "rhapsodie": fecondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, in *Rev. inter. Étud. Jur.,* 2001, p. 141 ss. Secondo C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, Feltrinelli, Milano, 1999, p. 41, «in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto; la maggiore dev'essere la legge generale; la minore l'azione conforme, o no, alla legge; la conseguenza, la libertà o la pena. […] Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche solo due sillogismi, si apre la porta dell'incertezza. Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni». Peraltro, in posizione non dissimile da quella di Beccaria, ed in aperta polemica contro «l'errante instabilità delle interpretazioni». Contro il giudice che espropria compiti del legislatore in sede di attività interpretativa, può ricordarsi la posizione di VERRI P., *Sulla interpretazione delle leggi, n. 28, II, in Il Caffè, 1765* e in ID., *Opere varie*, a cura di VALERI N., Firenze, 1947, p. 209, chiaramente sintetizzata nel seguente auspicio: «dunque si proibisca al giudice l'interpretar la legge; dunque si riduca ad essere mero esecutore della legge; dunque eseguisca la legge nel puro e stretto significato delle parole, e nella materiale disposizione delle lettera».

[95] Secondo V. MANES, *Il Giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto nazionale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica, Roma, 2012, p. 21, «Nell'attuale assetto, tuttavia, ben più che a quella di un semplice rapsodo l'attività di chi è chiamato a giudicare sembra accostabile a quella del bricoleur di Lévi-Strauss: egli "deve eseguire un gran numero di compiti differenziati, ma diversamente dall'ingegnere non li subordina al possesso di materie prime e arnesi, concepiti e procurati espressamente per la realizzazione del suo progetto"; piuttosto, maneggia un insieme sempre nuovo di arnesi e materiali, uno strumentario "prototipico" che spesso non sembra aver rapporto con il progetto del momento, e che è fatto di residui di costruzioni e di distruzioni antecedenti, che "sono serviti" e che "possono ancora servire per il medesimo uso, o per un uso differente se appena si modifica il loro primitivo funzionamento"». C. LÉVI-STRAUSS, *Il pensiero selvaggio, 1966*, in *Il Saggiatore*, 2010, p. 30 ss.: «Osserviamolo all'opera: per quanto infervorato, il suo modo di procedere è inizialmente retrospettivo: egli deve rivolgersi verso un insieme già costituito di utensili e di materiali, farne e rifarne l'inventario, e infine, soprattutto, impegnare con esso una sorta di dialogo per inventariare, prima di sceglierne una, tutte le risposte possibili che può offrire al problema che gli viene posto».

giudice si scopre rinchiuso in un labirinto: un tracciato multicursale nel quale si fatica ad orientarsi, ed ancor più ad individuare la giusta via, dovendo superare biforcazioni o incroci normativi, fronteggiare sempre una scelta o un "dilemma", con il rischio di ritrovarsi, fatalmente, ad un ennesimo crocevia, se non al punto di partenza.

In questo quadro, è proprio la creatività del giudice[96] – il suo contributo quantitativamente crescente e qualitativamente mutato[97] nell'applicazione e prima ancora nella ricostruzione del diritto, ovvero la sua discrezionalità enormemente aumentata[98] – il dato di realtà che segna l'elemento maggiormente caratterizzante l'epoca attuale[99] ed il nodo problematico che – specie nel contesto

[96] Scrive M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, p. 172, che «a crescita del potere giudiziario fa da pendant a una perdita del potere sovrano degli Stati». Diverso è, invece, il ruolo del giudice secondo il modello kelseniano. Come ricorda R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Franco Angeli, Milano, 2014, p. 21, nel sistema kelseniano «si accetta che il giudice crei diritto perché lo spazio della sua discrezionalità (e creatività) è delimitato dalle griglie (dallo "schema") man mano più strette che sono impilate dal sistema gerarchico delle fonti. La giustificazione regge sinché regge il sistema gerarchico, e il sistema gerarchico regge sinché la costituzione si limiti a regolare la forma – più che il contenuto – delle leggi e sinché il sistema sia relativamente chiuso e relativamente emonolitico. Offuscandosi queste caratteristiche, il sistema perde irrimediabilmente di coerenza e credibilità […]».

[97] Sul ruolo centrale svolto dal giudice nella concretizzazione della norma giuridica, v. PASTORE, *Identità del testo, interpretazione letterale e contestualismo nella prospettiva ermeneutica*, in VELLUZZI V. (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 148 ss.; VOGLIOTTI, L*e metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. Dir*., 2001, p. 664 ss.; F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramde au réseau. Pour une theorié dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 389 ss.

[98] Basti pensare a quanto affermato, di recente, da R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Franco Angeli, Milano, 2014, p. 21, il quale rileva che la discrezionalità del giudice nell'applicazione delle leggi «è enormemente aumentata da quando, oltre alla legge, il giudice si trova ad applicare direttamente principi tratti dalla Costituzione e persino da altri ordinamenti», e che «Sempre più spesso le valutazioni del giudice sembrano prive di briglie, libere di svolgersi secondo convinzioni personali, piuttosto che nell'alveo dei criteri fissati dal legislatore».

[99] È l'«età della giurisdizione» o l'«epoca del giudice», secondo l'autorevole voce di G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss., p. 92 ss. In argomento, v. F.C. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 515 ss.; F.C. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. INSOLERA, Zanichelli, Bologna, 2005, p. 89 ss., invitando «a chi non cede all'incantesimo delle vecchie mitologie, a rimanere tuttavia pensoso dinanzi ai nuovi contenuti della legalità e alla nuova complessità del rapporto legge/giudice, senza indulgere in rinnovati misticismi»; D. PULITANÒ, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. INSOLERA, Zanichelli, Bologna, 2005, p. 121 ss.; D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, 2006, p. 657 ss.; O. Di GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in *www.penalecontemporaneo.it*. Non mancano voci

penale – sottende anche, al tempo stesso, il punto di maggior rilievo istituzionale, evidenziando una rottura con il passato sempre più evidente, che appare ormai convalidata dallo spostamento dell'attenzione dalla disposizione alla norma nell'ermeneutica penale contemporanea[100].

Il giudice nazionale è quotidianamente chiamato a fare applicazione del diritto comunitario e dei vari strumenti pattizi offerti nel variegato arsenale del diritto internazionale, peraltro continuamente interpretati – anche in maniera evolutiva – dalle Corti europee. Un impegno molto complesso e capillare, che richiede un costante aggiornamento da parte del giudice, tenuto ad ampliare a dismisura il proprio patrimonio conoscitivo e culturale.

Peraltro, occorre tenere presente che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo deve misurarsi con ordinamenti sia di *civil law* che di *common law,* ricomprendendo nel concetto generico di "diritto" (*droit/law*) non solo la fonte legislativa (*statutory law*) ma anche il diritto di derivazione giurisprudenziale (*judicial law*). Data questa premessa, taluno ha ritenuto potesse discendere la definitiva equiparazione del formante giurisprudenziale alla legge, sino a profilare la sagoma di un giudice non solo più interprete bensì anche, e soprattutto, artefice della norma penale[101].

---

critiche sulla dilagante e preponderante "legalità giudiziale", specie nella prospettiva penalistica. Fra queste, v. N. MAZZACUVA, *A proposito della "interpretazione creativa" in materia penale: nuova garanzia o rinnovata violazione di principi fondamentali?* In *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. I, 2006, p. 437 ss.; G. SILVESTRI, *Verso uno* ius commune *europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost*., 2006; S. CASSESE, *I tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009, p. 103 ss.

[100] DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 63 ss., p. 87 ss.; O. DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 22 ss.

[101] In forza di ciò, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., di cui si parlerà più approfonditamente nel prosieguo della trattazione. In dottrina, v. BERNARDI A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale, Giappichelli*, Torino, 2004, p. 94 s. il quale afferma che «Se, dunque, […] la CEDU e il sistema di controllo giurisdizionale da essa previsto esaltano la "ricorsività" delle relazioni tra le diverse entità che concorrono in ambito europeo a forgiare la law in action, non deve stupire se secondo la giurisprudenza di Strasburgo il principio di irretroattività sancito dall'art. 7, primo comma, CEDU investe non solo il diritto scritto, ma anche quello giurisprudenziale così elevato alla stessa dignità del primo, La qual cosa non può non essere giudicata positivamente, tenuto conto del fatto che, secondo quanto sottolineato dalla più attenta dottrina, i mutamenti in malam partem delle fattispecie penali per via interpretativa producono effetti in tutto e per tutto simili a quelli di derivazione legislativa, incidendo in uguale misura sul diritto vivente». Quanto, invece, all'Unione europea, l'Autore rileva che «sia proprio il principio "gerarchico" del primato del diritto comunitario sul diritto interno ad attribuire al giudice nazionale un ruolo centrale nella ricostruzione della norma (penale) vigente. […]

Numerose sono, tuttavia, le voci contrarie a siffatta evoluzione del diritto penale. Invero, si ritiene che le fonti penali non debbano essere moltiplicate, perché i problemi di coordinamento tra norme di rango diverso sono inevitabilmente forieri di incertezze nell'applicazione: se la legalità mira ad assicurare ad ogni cittadino la ragionevole prevedibilità delle conseguenze derivanti dalla propria condotta, ogni sovrapposizione di fonti diverse e ulteriori rispetto alla fonte della legge nazionale deve essere scongiurata.

Pertanto, ogni volta che la fattispecie penale nazionale entri in rapporto col diritto comunitario, il giudice potrebbe dover fare ricorso, in relazione ad essa, a forme di interpretazione a carattere volta a volta sistematico, teleologico, restrittivo o persino estensivo, al fine appunto di evitare quanto più possibile ogni eventuale contrasto tra tale fattispecie e la normativa "europea". […] appare evidente che l'incremento in ambito comunitario di norme atte ad ampliare la sfera dei comportamenti consentiti in capo ai cittadini dell'Unione rischia di implicare un parallelo incremento degli interventi dei giudici nazionali per "disinnescare" le fattispecie penali (e le fattispecie punitivo-amministrative) ormai incompatibili con la normativa europea. Da ciò deriva un accrescimento esponenziale del potere del giudice interno di condizionare gli ambiti applicativi della normativa penale, dunque di ridefinire i comportamenti penalmente vietati. Tale potere, oltretutto, risulta caratterizzato non di rado da un notevolissimo livello di discrezionalità, dovuto alle possibili incertezze riscontrabili in sede di valutazione della compatibilità o meno tra la norma penale interna e il diritto comunitario».

CAPITOLO II

LA LEGALITÀ PENALE SECONDO L'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. *La nascita dei beni giuridici europei* – 2. *Sulla potestà penale diretta in capo alle Istituzioni europee prima del Trattato di Lisbona*. – 3. *Il sistema sanzionatorio amministrativo di origine europea. La tutela diretta dei beni giuridici europei*. – 4. *I c.d. effetti riflessi del diritto europeo sul diritto penale interno. L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione.* – 4.1. *Sulla possibile estensione al reato di peculato della confisca per equivalente del profitto*. – 4.2. *Il caso Pupino*. – 5. *Ancora sugli effetti riflessi. La preminenza del diritto dell'Unione europea e l'incidenza dell'ordinamento sovranazionale sugli istituti giuridici penali di diritto interno*. – 5.1. *La configurazione di cause di giustificazione da parte del legislatore europeo. Il caso Auer*. – 5.2. *Incompatibilità totale in bonam partem. Applicazione in tema di immigrazione clandestina (il caso El Dridi).* – 5.3. *L'incompatibilità parziale. Il caso Trinca.* – 5.4. *Retroattività della lex mitior vs. primautè del diritto europeo. Il caso Berlusconi vs. il caso Niselli*. – 5.5. *Gli effetti in malam partem della sentenza Taricco*. – 5.6. *L'influenza del diritto europeo sulle sanzioni penali previste negli ordinamenti nazionali.* – 6. *Dalla tecnica dell'assimilazione sino agli obblighi comunitari di tutela penale: la tutela indiretta dei beni giuridici europei ed il ruolo della Corte di Lussemburgo nella costruzione di un diritto penale europeo.* – 7. *La competenza penale dell'Unione europea secondo il Trattato di Lisbona. L'art. 83 TFUE e l'istituzione della Procura europea (art. 86 TFUE).*

1. La nascita dei beni giuridici europei

La libertà di mercato orientata socialmente costituisce il modello che informa l'Unione europea, tesa alla «creazione di un ordine economico e sociale più equilibrato, che coniughi la sua tradizionale vocazione economica con quella sociale di più recente acquisizione»[102]. Se gli obiettivi europei rappresentano il

[102] G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, p. 13; G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale. Obblighi di tutela penale, meritevolezza e bisogno di pena*, Foggia, 2005, p. 185 ss., secondo cui «La base normativa da cui si evincerebbe questa vocazione ad uno sviluppo sociale equilibrato, sarebbe costituita dagli artt. A e B del TUE e 2, 3, 3° del TCE. Queste disposizioni, infatti, testimonierebbero come la finalità della politica comunitaria e dell'Unione debba essere indirizzata in una prospettiva di mediazione tra libertà del mercato e ordine sociale. […] Il modello deve essere di "concorrenza sociale, cioè, di

presupposto da cui è possibile desumere il novero dei beni giuridici meritevoli e bisognosi di tutela[103], deve constatarsi che l'accelerazione del processo di unificazione europea e la conseguente concentrazione in capo all'Unione di diverse competenze hanno determinato l'emersione dei c.d. beni giuridici comunitari (oggi: europei)[104] – perlopiù di natura economico-finanziaria[105] – per i

economia di mercato organizzata e legalmente controllata, per evitare abusi, in modo che permetta che le attività economiche realizzate al suo interno vadano dirette ad agevolare che tutti gli agenti economici (imprese, consumatori, etc.). Così concepita, la concorrenza consiste in un meccanismo (un mezzo e non un fine) diretta a spingere il progresso economico e sociale». Sul punto, v. anche M. DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, in R*iv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 477 ss.

[103] Sulla emersione dei c.d. beni giuridici europei, v. C. SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 69; G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011; BERND SCHÜNEMANN (a cura di), *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, ed. it. a cura di V. MILITELLO, Giuffrè, Milano, p. 93 ss.; L. FOFFANI, *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo. Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, Giuffrè, Milano, 2006; G. GRASSO-R. SICURELLA, *Per un rilancio del progetto europeo: esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, Milano, 2008; G. GRASSO-R. SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, 2007, *passim*; G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), I*l Corpus juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Giuffrè, Milano, 2003; A. CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 417; 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-R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo: esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 191 ss.

[104] Esempi di questo catalogo di nuovi beni giuridici possono essere ritrovati negli artt. 2 e 3 TUE e nella libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali (artt. 26, 49, 79 TFUE) a cui deve aggiungersi la nuova moneta unica (artt. 28, 119 TFUE). Vi sono, poi, beni giuridici ricavabili dal trattato per i quali è stata intrapresa la via del ravvicinamento delle legislazioni: il mantenimento di una concorrenza non falsata, di politiche comuni in materia commerciale, di agricoltura e pesca, trasporti, settore sociale, ambiente; promozione delle politiche per l'occupazione; la competitività dell'industria; la ricerca e lo sviluppo tecnologico; la protezione della salute e dei consumatori. Comunque, è bene precisare che il carattere di struttura sovranazionale dell'Unione europea crea una inevitabile sovrapposizione di interessi (tanto europei quanto nazionali) che non sempre rende agevole l'emersione di queste oggettività giuridiche. In altri termini, quello che si propugna in ambito europeo non coincide con quello che le politiche statali pretendono. Pertanto, è necessario selezionare solo i beni che concorrono in prima battuta a questo processo di integrazione, isolando, da una parte, quelli che sono gli interessi strettamente connessi allo sviluppo ed alla crescita della macchina europea (id est, l'espansione e lo sviluppo di determinati settori di economia di mercato) e, dall'altra, gli interessi comuni che il processo europeo di integrazione mira a sviluppare.

[105] Tra gli obiettivi dell'Unione europea vi è quello di evitare che si generino alterazioni nel mercato comune, non solo per tutelare la libera concorrenza, bensì anche allo scopo di coniugare quest'ultima con il progresso sociale. Un esempio, in tal senso, è costituito dalla direttiva sul riciclaggio (91/308 CEE), la quale prevedeva uno fra i primi obblighi di tutela penale, proprio in forza del fatto che i fenomeni di riciclaggio, ancor prima di essere funzionali alla criminalità organizzata, offendevano la leale concorrenza e distorcevano l'economia di mercato. In questo senso v. G. BACIGALUPO, *Studio comparativo del diritto penale degli Stati membri della UE sulla repressione o «lavaggio» di denaro illecitamente ottenuto*, in E. PALOMBI (a cura di), *Il riciclaggio dei proventi illeciti: tra politica criminale e diritto vigente*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1996, p.

quali si è avvertita la necessità di apprestare un adeguato livello di tutela, anche di tipo penale. In altri termini, la nascita di oggettività giuridiche europee è da addebitare all'espansione dei mezzi e campi di intervento dell'azione europea, avendo l'Unione valorizzato esigenze di tutela nuove per quanto concerne interessi che assumono specifica rilevanza europea sul piano della loro titolarità ovvero dei loro contenuti, connotati da una nuova derivazione sovranazionale[106].

Sebbene siano state numerose le teorie elaborate in dottrina al fine di fornire una classificazione di tali beni giuridici europei[107], possiamo ciononostante

---

99 ss. Sempre in questa ottica si spiegano le direttive in materia di insider trading (1989/592 CEE e 2003/06 CEE), che mostrano come la politica criminale, in prima battuta, si orienti nel senso di una corretta regolamentazione del mercato.

[106] L. PICOTTI, *Presupposti e prospettive di un "sistema" di diritto penale comunitario. Aspetti sostanziali*, in M. BARGIS-S. NOSENGO (a cura di), *Corpus Juris, pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale*, Atti del convegno. Alessandria, 19-21 ottobre 2001, Giuffrè, Milano, 2003, p. 100. Gli obiettivi comunitari («libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali») costituiscono la base da cui far scaturire l'elenco dei beni giuridici comunitari meritevoli e bisognosi di tutela. Sull'art. 4 TCE che ha introdotto la nuova moneta unica, v. in particolare J.A.E. VERVAELE, *La contraffazione dell'euro: verso una federalizzazione del diritto penale dell'UE?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, p. 965 ss. Inoltre, altri beni giuridici comunitari ricavabili dal Trattato sono quelli per cui si è intrapresa la via del «ravvicinamento delle legislazioni»: il mantenimento di una «concorrenza non falsata», di «politiche comuni» in materia commerciale, di agricoltura e pesca, trasporti, settore sociale ed ambiente; promozione delle politiche per l'occupazione; la competitività dell'industria; la ricerca e lo sviluppo tecnologico; la protezione della salute e dei consumatori.

[107] La fondamentale dicotomia dei beni giuridici comunitari offerta da G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale: i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 9, distingue tra «un primo gruppo concernente una serie di interessi che si potrebbero definire propriamente "istituzionali", in quanto collegati all'esistenza e all'esercizio dei poteri sovrannazionali» e un «secondo gruppo che si riferisce invece ai beni giuridici che emergono dall'attività della Comunità nel suo concreto dispiegarsi: si tratta, quindi, di interessi attinenti ai settori economici ai quali si riferisce l'attività degli organi comunitari». La classificazione proposta da MANACORDA S., *Le droit pénal et l'Union européenne: esquisse d'un sisteme, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2000, p. 99 ss., parte dallo specifico contenuto degli oggetti di tutela ed individua un «nocciolo duro», costituito dagli interessi economici, a loro volta suddivisi in beni sovrastatuali e in beni interstatuali, a cui poi si aggiungono i «nuovi» beni giuridici europei, quali la pubblica amministrazione e l'ordine pubblico. R. SICURELLA, *Il* Corpus Juris e *la definizione di un sistema penale dei beni giuridici comunitari, in Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 68 ss., innanzitutto si preoccupa di distinguere tra beni giuridici realmente sovranazionali (gli unici considerabili beni giuridici comunitari) e beni giuridici di interesse comune. Fatta questa distinzione, l'Autrice offre, poi, per i beni giuridici comunitari una analitica ricognizione, a partire dalla dicotomia di Giovanni Grasso, ma ampiamente aggiornata e ricalibrata sul nuovo quadro di competenze dell'Unione. A queste tre classificazioni va poi aggiunta la distinzione, finalizzata a trovare un criterio discretivo idoneo ad individuare per quali beni si possa procedere ad una codificazione europea, avanzata da M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 181 s., tra beni giuridici comunitari, da intendersi come i beni di diretta appartenenza comunitaria, e i beni giuridici di estensione europea, cioè quei beni, originariamente nazionali, che diventano di estensione europea per la dimensione transnazionale delle forme con cui vengono offesi. C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè,

ritenere che questi si distinguano in beni in senso proprio (o stretto) e beni in senso ampio[108]. Possono definirsi in senso proprio i beni giuridici europei che hanno una "relazione diretta ed immediata" con il progetto dell'Unione *ex* artt. 2 e 3 TUE, ovvero con lo sviluppo del mercato comune e con il consolidamento dell'Unione economica e monetaria (UEM), poiché dalla loro offesa conseguirebbe una grave disfunzione dell'intero sistema europeo[109]. Pertanto, è

Milano, 2007, p. 69 ss., distingue i beni giuridici dell'Unione europea in tre paradigmi: i beni strumentali all'esistenza, quelli strumentali al funzionamento e quelli strumentali all'identità.

[108] Cfr. G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale. Obblighi di tutela penale, meritevolezza e bisogno di pena*, Foggia, 2005, p. 184. Di recente, sull'esistenza di un duplice livello di beni comunitari, in particolare beni comunitari in senso stretto e beni giuridici interni di rilevanza comunitaria, v. M. DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1817 ss.; M. DONINI, *Il diritto penale differenziato. La coesistenza di classico e postmoderno nella penalità contemporanea*, in *Crit. Dir.*, 2006, p. 277 ss. e spec. p. 290; L. PICOTTI, *Presupposti e prospettive di un sistema di diritto penale comunitario. Aspetti sostanziali*, in M. BARGIS-S. NOSENGO (a cura di), Corpus Juris, *pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 100 ss.; R. SICURELLA, *Il* Corpus Juris *e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, in G. GRASSO-R. SICURELLA, *Il* Corpus Juris *2000. Modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 66 ss.; G. GRASSO, *Il* Corpus Juris *e il progetto di Costituzione europea*, in G. GRASSO-R. SICURELLA, *Il* Corpus Juris *2000. Modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 1 ss. Secondo C. SOTIS, I*l diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 69, «Ordinare i differenti beni giuridici ritenuti meritevoli di tutela da parte dell'Unione europea e, di conseguenza, oggetto di input di tutela indirizzati ai legislatori nazionali, non è cosa facile. Essenzialmente per due ordini di ragioni. In primo luogo perché i tempi e i modi dell'evoluzione europea sono tali che qualunque classificazione è condannata ad essere rapidamente superata dalla realtà che intende ordinare. In secondo luogo perché non esistono beni di per sé finali: i beni possono essere considerati meritevoli di tutela dall'Unione europea solo se si collocano in una posizione strumentale rispetto ad essa e alle sue attività, dato che essa stessa ha natura strumentale ed esponenziale rispetto agli Stati». C.E. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 466 ss., precisa che l'Unione europea è una collettività di collettività, che non canalizza bisogni sociali direttamente provenienti dalla comunità (nel senso delle singole comunità sociali). La differenza fondamentale sul piano istituzionale tra gli Stati e l'Ue risiede infatti nel difetto di autocrazia di quest'ultima rispetto ai primi; così, l'Ue esiste in quanto (macro)unità di funzioni deputata a mediare conflitti tra poteri costituiti e non tra interessi sociali.

[109] S. SÀNCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società post industriali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 77 ss. Beni giuridici fondamentali per la stabilità della UE risultano, dunque, le quattro libertà fondamentali, sempre in un'ottica economicistica di implementazione del mercato. Rientrano a pieno titolo in questa categoria gli interessi finanziari dell'UE (artt. 325 TFUE), strettamente connessi all'espansione del bilancio europeo. La tutela delle finanze europee, alla stregua di quello che avviene per i reati tributari, concerne sia l'interesse alla esatta percezione delle somme dovute (id est, tutela del patrimonio in senso statico) sia la corretta allocazione delle risorse pubbliche (id est, tutela del patrimonio in senso dinamico), secondo la distinzione di C. PEDRAZZI, *La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l'economia pubblica*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale, itinerari problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 351 s. L'ingente quantità di spesa pubblica europea e le sempre crescenti competenze degli organi europei portano alla ribalta anche i beni giuridici dell'imparzialità, della correttezza, e del buon funzionamento dell'amministrazione e degli uffici europei. Altro bene giuridico europeo in senso proprio è costituito dalla moneta unica. La creazione dell'euro e la

possibile ritenere che tali beni costituiscano una categoria di interessi il cui titolare esclusivo è l'Unione europea, quale autonomo soggetto giuridico, dotato di proprie istituzioni e di un proprio apparato amministrativo ed organizzativo, distinto da quello degli Stati nazionali. Poiché a siffatti beni sono ricollegabili tutte le condizioni essenziali per il funzionamento e lo sviluppo del progetto europeo (*rectius*, del mercato comune)[110], si può ritenere configurata la loro lesione in caso di apprezzabili alterazioni in una prospettiva macroeconomica e macrosociale[111]. Ed allora può dirsi che i beni giuridici propri sono rappresentati da quegli interessi di creazione legislativa europea il cui soggetto passivo è lo stesso apparato istituzionale[112], oppure beni di cui quest'ultimo ha la titolarità[113], oppure ancora quel peculiare oggetto giuridico costituito dall'intervento regolatore dei pubblici poteri europei in ambito socio-economico[114].

---

conseguente sostituzione delle monete nazionali hanno fatto emergere la necessità di tutela di alcuni interessi: la legalità della circolazione monetaria; la fiducia nella circolazione della nuova moneta; la fede pubblica. In questo senso, v. R. SICURELLA, *La tutela «mediata» degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'unione europea*, in G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), in *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 245 ss. L'ingente quantità di spesa pubblica comunitaria e le sempre crescenti competenze degli organi comunitari, le quali incidono notevolmente sull'andamento della macchina comunitaria e sulla vita dei cittadini e degli operatori economici, portano alla ribalta l'importanza dei beni giuridici dell'imparzialità, della correttezza e del buon funzionamento dell'amministrazione e degli uffici comunitari.

[110] Secondo G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, 2011, p. 25, nel concetto di bene giuridico europeo in senso stretto rientrano i beni che rendono possibile l'esistenza stessa del sistema economico e sociale europeo (si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle finanze europee). Inoltre l'Autore ritiene che la UE debba avere competenza esclusiva sulla disciplina di tali beni o, quanto meno, una competenza concorrente (da esercitare solo qualora si stimi che le azioni che possano intraprendersi nell'ambito statale siano insufficienti, dato che una volta esercitata la competenza concorrente, potrebbe trasformarsi in competenza esclusiva). Nello stesso senso, cfr. A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto e il progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 8 ss.

[111] Tuttavia, se da un lato lo sviluppo comunitario ha comportato la nascita di interessi rilevanti per la CE, dall'altro lato ha determinato la "sparizione" di beni giuridici individuali, nella misura in cui la loro rilevanza giuridico-penale contrastava con il conseguimento degli obiettivi proposti. In questo senso, v. G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1989, *passim*; R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario e diritto penale*, Cedam, Padova, 1984, *passim*; C. PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica CEE sul diritto penale italiano*, in ID., *Diritto penale*, I, Giuffrè, Milano, 2003, p. 451 ss.

[112] La c.d. P.A. europea. In dottrina si è segnalata la scarsa attenzione che il progetto di codice penale europeo, il c.d. Corpus Juris, dedica alla tematica dei delitti dei pubblici ufficiali europei, nell'esercizio delle loro funzioni, contro la P.A. europea. V., *amplius*, SCHÜNEMANN B., *Un progetto alternativo per l'europeizzazione del diritto penale*, in ID., *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, I, Giuffrè, Milano, 2007, p. 12 ss.

[113] Le finanze, il c.d. bilancio europeo, la moneta unica.

[114] Non a caso la concorrenza viene annoverata tra le nuove oggettività giuridiche europee e così pure la tutela delle finanze pubbliche, le quali sono estese fino a ricomprendere quelle dell'Unione.

Al contrario, i beni giuridici in senso ampio rappresentano interessi interni a rilevanza europea, ovvero interessi «comuni, che hanno acquistato rilevanza europea per la nuova dimensione sovranazionale determinata dalle azioni della stessa Unione europea, in un quadro di sempre più stretta integrazione economica, politica e sociale»[115] (*id est*, interessi comuni a carattere europeo)[116]. In altri termini, rientrerebbero in tale categoria quei beni giuridici sorti in ambito nazionale[117] ma che, successivamente, hanno assunto una specifica rilevanza nel contesto europeo, in forza delle azioni dell'Unione che li investono, tutelano o sviluppano, per il perseguimento degli obiettivi fissati dai Trattati[118]. In definitiva, si tratta di beni giuridici nazionali che, tuttavia, godono di un importante ruolo all'interno dell'ordinamento europeo, nella misura in cui permettono o facilitano la realizzazione delle finalità sopranazionali. Si tratta, allora, di beni giuridici intermedi o strumentali, la cui lesione può mettere in pericolo il bene finale, costituito nella maggior parte dei casi dal funzionamento del mercato comune[119].

---

[115] L. PICOTTI, *Presupposti e prospettive di un "sistema" di diritto penale comunitario. Aspetti sostanziali*, in M. BARGIS-S. NOSENGO (a cura di), Corpus Juris, *pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale*, Atti del convegno. Alessandria, 19-21 ottobre 2001, Giuffré, Milano, 2003, p. 100.

[116] Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla concorrenza, allo sviluppo economico, alla moneta, all'ambiente, alla salute, alla sicurezza nei luoghi di lavoro e all'occupazione. In dottrina, v., per tutti, DANNECKER G., *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1991, p. 994 ss.

[117] Tali sono, ad esempio, la concorrenza, lo sviluppo economico, l'ambiente, la salute, la sicurezza nei luoghi di lavoro, l'occupazione, l'immigrazione.

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

[119] Tali beni, peraltro, appartengono alla sfera di competenze condivise o complementari. L'Unione europea, tesa ad espandere maggiormente le proprie funzioni e sul presupposto che la competenza esclusiva degli Stati membri possa creare il rischio di un indebolimento degli obiettivi europei, sta sviluppando un interesse sempre maggiore per i beni giuridici europei in senso ampio, cercando, anche attraverso importanti attività normative, di dirigerne (fino addirittura avocarne a sé) la gestione e la disciplina. Un esempio per tutti è fornito dalla sicurezza informatica. La locuzione racchiude numerosi beni giuridici interni che presentano anche una rilevanza europea, tant'è che si registra una serie di attività, sia a carattere internazionale che propriamente europeo, volto a rendere più efficiente la protezione di tali interessi. In argomento, v. L. PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in ID. (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Cedam, Padova, 2004, p. 62, nota 58; L. PICOTTI, *Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell'armonizzazione internazionale*, in *Dir. Internet*, 2005, p. 189 ss.; V. MILITELLO, *Iniziative sopranazionali di lotta alla criminalità organizzata ed al riciclaggio nell'ambito delle nuove tecnologie*, in L. PICOTTI (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Cedam, Padova, 2004, p. 102 ss.; LUPÀRIA (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali*

Tuttavia, si sono registrate – e tuttora si registrano – difficoltà di non poco momento nel tentativo di individuare una nitida linea di confine tra le due tipologie di beni di cui si discorre, tanto da far ritenere a taluno che «la stessa categoria dei c.d. *beni giuridici europei* sia, per la gran parte, una mera superfetazione dogmatica»[120]. In particolare, premesso che – in forza del c.d. criterio funzionalista[121] – le competenze, originariamente statuali, sono state cedute all'Unione europea in ragione dei fini che la stessa ha inteso (ed intende) perseguire, in dottrina si è sostenuto che, data la premessa, potrebbero ritenersi "essenziali" tutte quelle condizioni finalizzate alla riuscita e al funzionamento degli obiettivi comunitari, determinando così una eccessiva dilatazione del concetto di bene giuridico, sino al punto da consacrarne la sua «scomparsa», in quanto (erroneamente) identificato nella *ratio legis*[122].

---

nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime (L. 18 marzo 2008, n. 48), Giuffrè, Milano, 2009, *passim*.

[120] Cosi, G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 30 ss.

[121] Sul c.d. metodo funzionalista, v. per tutti C. SOTIS, I*l diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1 ss.

[122] In questo senso, v. C. FIORE, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. Dir.*, XXX, 1980, p. 1084 ss.; G. LOSAPPIO, *Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale*, Cacucci, Bari, 2004, p. 43 ss., il quale riscontra nei beni giuridici quali il risparmio, l'economia pubblica, il mercato e l'ordine pubblico delle locuzioni di sintesi che racchiudono al loro interno una diversa congerie di oggettività giuridiche; pertanto, secondo l'Autore, non si tratta di veri e propri beni quanto, piuttosto, di ratio di tutela utili per comprendere quali siano i singoli beni protetti dalle fattispecie incriminatrici di quello specifico settore di afferenza. Il dibattito italiano sulla tutela dei c.d. beni funzionali vede scontrarsi tre diverse scuole di pensiero: una prima, che nega la qualità di bene giuridico alle funzioni; una seconda che riconosce la loro piena conformità al tradizionale modello di interesse protetto; una terza, infine, sostenitrice di una tesi intermedia che, pur affermando la diversità strutturale tra il modello penalistico incentrato sulla tutela dei beni rispetto a quello modellato sulle c.d. funzioni, riconosce anche a queste ultime la piena legittimazione. Secondo la prima impostazione, i beni funzionali comporterebbero, tra l'altro, la commistione tra bene protetto e ratio legis, facendo venir meno la funzione di limite negativo al potere punitivo che viene riconosciuta al sorgere della categoria di bene protetto. I critici di tali oggettività giuridiche segnalano, inoltre, la perdita di importanza del principio di offensività, risolvendosi il bene funzionale nel travestimento verbale della condotta lecita e, di conseguenza, nell'utilizzo esponenziale dei reati di pericolo astratto. Il bene funzionale costituisce, dunque, l'etichetta che nasconde nient'altro che un reato di mera infedeltà, il cui presupposto di politica criminale non è la lesione del bene protetto (diritto penale oggettivista), ma la prevenzione di tutte le condotte disfunzionali (diritto penale soggettivista). Ancora, secondo l'impostazione in disamina, la tutela penale delle funzioni, non tutelando più un bene storicamente preesistente e naturalisticamente afferrabile, comporta la perdita della funzione critica ed ermeneutica del bene giuridico. L'ultima critica a tale tecnica di tutela involge la sua incompatibilità con il principio della responsabilità penale personale, in quanto la rarefazione del bene protetto non permetterebbe quella riconoscibilità dei valori (e, dunque, dei precetti) che costituisce il precipitato logico del principio di personalità della responsabilità penale. Sulla prima scuola di pensiero v. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1993, p. 343 ss.; S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e*

Al fine di superare questa *impasse* giuridica, si opina nel senso di far rientrare nel primo gruppo quei beni che rendono possibile l'esistenza stessa del sistema economico-sociale comunitario e che sono di competenza esclusiva dell'Unione europea[123]. Ancora, valorizzando il principio di sussidiarietà ai sensi dell'art. 5,

---

prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2001, p. 51, p. 60 e p. 110; W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 108 ss.; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 142 ss.; F. GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientistici*, in *Pol. Dir*., 2000, p. 270 ss.; A. FIORELLA, I *principi generali*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXV, Padova, 2001, p. 19 ss.; G.A. DE FRANCESCO, I*l principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione. Suggestioni teleologiche ed esigenze politico-criminali nella ricostruzione dei presupposti costituzionali di «riconoscibilità» dell'illecito penale*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen*., 1996, p. 65 ss.; G. FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, p. 155 ss.; L. FIORAVANTI, *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 10 ss.; S. FIORE, Ratio *della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica dei reati di falso*, Jovene, Napoli, 2000, p. 85 ss.; R. ZANNOTTI, *La tutela penale del mercato finanziario*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 48 ss.; E. LO MONTE, *Le disfunzioni dell'intervento penale in tema di criminalità economica*, in *Ind. Pen*., 1999, p. 123 e p. 132; G. RICCARDI, *Le anticipazioni di tutela: aspetti regressivi del sistema penale e prospettive de jure condendo*, in *Ind. Pen*., 2001, p. 136 ss. Sulla seconda scuola di pensiero, v. G. MARINUCCI–E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, II, Giuffrè, Milano, 2001, p. 549 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 69 ss.; A. ALESSANDRI, *Parte generale*, in PEDRAZZI C.– ALESSANDRI A.– FOFFANI L.– SEMINARA S.– SPAGNOLO G., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Monduzzi editoriale, Bologna, 2000, p. 25 ss.; A. MANNA, *Introduzione al diritto penale dell'impresa*, in ID. (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Cedam, Padova, 2010, p. 7 ss.; G. ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1961; F. STELLA, *Scienza e norma nella pratica dell'igiene industriale*, in R*iv. it. Dir. proc. Pen.*, 1999, p. 391 ss. Sulla terza scuola di pensiero, v. T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen*., 1995, p. 634 ss.; T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni fra storia e politica criminale*, in G. MARINUCCI–E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 451; F.C. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 133 ss.; M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. DONINI-D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti,* Cedam, Padova, 2007, p. 244 ss.

[123] G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale. Obblighi di tutela penale, meritevolezza e bisogno di pena*, Foggia, 2005, p. 189 ss. Le finanze comunitarie rientrano in questa classe di beni giuridici, da cui si strutturano una serie di politiche (politica agricola comune, trasporti, politica commerciale, politica della concorrenza) che costituiscono elementi chiave per il funzionamento del mercato comune. SICURELLA R., *Il* Corpus Juris *e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, in GRASSO G.-SICURELLA R., *Il* Corpus Juris *2000. Modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 66 ss., afferma che «Sarebbe pertanto l'essenza stessa della Comunità ad imporre, in una fase prodromica alla vera e propria selezione dei beni giuridici comunitari, un'attenta analisi dei molteplici interessi rilevanti nell'organizzazione dell'ordinamento comunitario e nell'attuazione delle politiche europee che consenta di individuare una fondamentale linea di demarcazione – seppure in una prospettiva necessariamente dinamica, stante la continua evoluzione della costruzione europea – tra beni che trascendono nel relativo significato di valore la dimensione puramente nazionale (e che per tale ragione possono considerarsi propriamente sovranazionali) e quelli che potrebbero definirsi quali "beni di interesse comune", cioè beni di rilevanza nazionale (tutelati in primo luogo dai sistemi penali nazionali) riguardo ai quali il carattere per lo più transnazionale delle relative modalità di

co. 3 e 4, TUE[124], sul presupposto che debbono qualificarsi come beni giuridici europei in senso stretto solamente quelle condizioni "indispensabili" per il

aggressione, combinato al particolare vincolo di solidarietà che lega gli Stati membri, elevano la lotta al fenomeno criminoso che li concerne ad "interesse" dell'Unione».

[124] In base all'art. 5, par. 3, TUE, nelle materie di competenza concorrente la necessità dell'azione europea non è presunta e le istituzioni sono tenute a giustificarla in forza del principio di sussidiarietà. Il contenuto del principio in parola consiste essenzialmente nel ritenere che, laddove sussista una divisione di poteri tra un livello superiore e un livello inferiore (ad es. Stato federale/Stati federati; Stato centrale/Regioni/Province/Comuni), l'esercizio delle competenze da parte dei pubblici poteri debba rispondere sempre al bene dell'individuo e debba basarsi su una scelta mediata ed imparziale del livello più adatto. In altri termini, le decisioni devono essere prese il più vicino possibile ai cittadini, con conseguente limitazione del potere di decisione del livello più elevato. Alla luce di tale principio, negli Stati Uniti l'intervento dello Stato federale è considerato legittimo soltanto qualora sia necessary and proper. Nell'ambito del processo di integrazione europea, in termini forse non immediatamente evidenti, il principio di sussidiarietà ha informato implicitamente, sin dall'origine, la scelta delle materie e la gradazione dell'intensità dei poteri attribuiti alle istituzioni. Esso ha trovato esplicita menzione per la prima volta nel Rapporto della Commissione del 26 giugno 1975 sull'Unione europea (c.d. Rapporto Tindemans), nel quale veniva configurato come un criterio-guida nell'attribuzione delle competenze al fine di impedire la «creazione di un superstato accentratore» e di «avvicinare maggiormente il potere ai cittadini», nonché di «attribuire maggiori poteri alle istanze regionali e locali». Inoltre, in tale Rapporto veniva proposto di delegare all'Unione solo quei compiti che gli Stati non erano in grado di assolvere in maniera soddisfacente. Il principio di sussidiarietà è stato richiamato poi nel "rapporto McDougal" del 1977, relativo al federalismo fiscale, e nel Trattato Costituzionale (c.d. progetto Spinelli), adottato dal Parlamento europeo nel 1984, che si inseriva nel quadro del sistema federale delineato da quel testo. Infine, con il Tratto di Maastricht, il principio in parola viene collocato nell'art. 3B TUE, in modo espresso e preciso, ed evocato, in termini generali, già nel Preambolo («[…] creazione di un'unione europea sempre più stretta fra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini, conformemente al principio di sussidiarietà»). Nel par. 3 della norma in esame il principio di sussidiarietà – definito in maniera più rigorosa di quella originariamente prevista – continua a informare i rapporti tra le istituzioni europee e gli Stati membri nell'esercizio (e non nell'attribuzione) della competenza nelle materie concorrenti, ponendo condizioni precise per giustificare l'intervento regolatore dell'Unione. Specificamente, l'intervento dell'Unione nelle materie di competenza concorrente è costruito in termini negativi e vincolato al verificarsi di una duplice condizione, ovvero che l'azione dell'Unione, per la portata o per gli effetti, sia più adeguata di quella presa a livello statale, regionale e locale, e che gli obiettivi non possano essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri. Più precisamente, l'intervento dell'Unione deve risultare più idoneo rispetto a quello di uno Stato membro per disciplinare un settore, e questo non tanto per il carattere transfrontaliero dell'azione da porre in essere, quanto per il grado di impatto che si intende conferire all'azione medesima: devono, cioè, essere misurati i benefici dell'azione in un determinato settore. L'intervento dell'Unione potrebbe essere, quindi, indispensabile per armonizzare determinate legislazioni nazionali, così come potrebbe essere utile che esso si indirizzi anche ad un solo Stato membro. Inoltre, la capacità o la mera attitudine degli Stati a perseguire un determinato obiettivo deve essere valutata non soltanto a livello centrale, bensì anche a livello regionale e locale. Le due condizioni devono necessariamente cumularsi: non è sufficiente, infatti, che l'azione dell'Unione sia palesemente più idonea al perseguimento di un determinato scopo per occupare le competenze statali, ma occorre soprattutto dimostrare che essa sia indispensabile al conseguimento dello scopo in questione, che non potrebbe essere raggiunto attraverso l'intervento del singolo Stato membro. È dunque evidente che, in forza del principio di sussidiarietà, l'esercizio di una competenza concorrente da parte dell'Unione non ha per conseguenza automatica l'acquisto dell'esclusività dell'esercizio della stessa da parte dell'Unione. Il medesimo principio implica invece che, in presenza dei due indicati presupposti, tale competenza possa essere legittimamente esercitata nei limiti di merito, di forma e di tempo insiti nell'obiettivo fissato. L'esercizio di una competenza concorrente può riguardare anche

funzionamento del mercato unico (come, ad esempio, gli interessi finanziari[125] e la concorrenza), si ritiene che l'Unione debba vagliare se la tutela e la disciplina

soltanto taluni aspetti, limitandosi a quelli per i quali l'azione europea è necessaria e lasciando agli Stati membri la piena titolarità dei poteri residui. In sostanza, soltanto l'effettivo esercizio della competenza concorrente, da parte delle istituzioni europee, limita o priva completamente gli Stati membri del corrispondente potere legislativo (principio di pre-emption); per converso, l'abrogazione dell'atto di esercizio di tale competenza ha come immediata conseguenza il riacquisto, da parte delle autorità nazionali, del relativo potere. L'applicazione del principio di sussidiarietà è, dunque, in grado di determinare diversi scenari: gli Stati dispongono dell'intera competenza normativa qualora l'Unione si astenga da qualsiasi forma di intervento o smetta di occuparsi del settore in questione; sono chiamati, invece, ad adottare norme di attuazione qualora l'Unione intervenga con una disciplina non auto applicativa; infine, subiscono la completa espropriazione delle proprie prerogative normative qualora l'Unione detti una disciplina esaustiva. In definitiva, sebbene abbia un contenuto ampio ed articolato, la norma in esame non reca precise determinazioni che possano essere utilizzate come test per la scelta del livello più appropriato — europeo o statale — all'esercizio di una determinata competenza. Infatti, come si dirà, si sono resi necessari numerosi e specifici interventi al fine di stabilire le regole da seguire per l'attuazione del principio in parola.

[125] Sulla tutela degli interessi finanziari della UE, v. 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*. Atti del Seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo in collaborazione con la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania, Catania, 18-19 giugno 1998, Giuffrè, Milano, 2000; E. MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati membri*, Cedam. Padova, 1994, *passim*; SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 76 ss. Nel diritto dell'Unione europea sono previsti quattro strumenti a tutela degli interessi finanziari europei. In primo luogo, il regolamento-quadro n. 2988/1995 appresta una tutela di tipo amministrativo direttamente applicabile dall'Unione. Tale regolamento, unitamente al successivo regolamento n. 2785/1996, ha istituito una regolamentazione generale in materia di controlli, misure e sanzioni amministrative riguardanti le irregolarità relative alle sovvenzioni comunitarie, prevedendo un elenco di sanzioni amministrative (art. 5), alle quali si aggiunge peraltro la sospensione della sovvenzione illegittimamente ottenuta (art. 4), e stabilendo il principio secondo cui «i controlli, le misure e le sanzioni amministrative sono istituite nella misura in cui sono necessari per assicurare l'applicazione corretta del diritto comunitario. Essi devono rivestire un carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo al fine di assicurare una protezione adeguata degli interessi finanziari delle Comunità» (art. 2, comma 1). In secondo luogo, è prevista ex art. 280, par. 2, TCE la tutela c.d. per assimilazione che, sviluppata a partire dalla sentenza del mais greco, impone agli Stati membri di combattere la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione europea con le stesse misure adottate per combattere la frode contro i loro interessi finanziari. In Italia, in adempimento di tale obbligo, con la legge n. 55 del 19 marzo 1990 è stato introdotto l'art. 640 bis c.p. e con la legge n. 181 del 7 febbraio 1992 è stata estesa la punibilità del delitto di malversazione a danno dello Stato di cui all'art. 316 bis c.p. anche alle ipotesi di sviamento finalistico delle sovvenzioni commesso a danno dell'Unione. In terzo luogo, è prevista la tutela penale di terzo pilastro, prevista dalla Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee del 26 luglio 1995. Questo testo, sul presupposto «che ogni condotta fraudolenta che leda gli interessi finanziari della Comunità debba dare luogo ad azioni penali», elabora una fattispecie di frode configurandola come reato di danno (è richiesta l'effettiva lesione del bene interessi finanziari), descrivendo le condotte offensive (art. 1), siano esse attive od omissive, il cui carattere intenzionale «può essere dedotto», limitatamente alle condotte di frode, indebita percezione e malversazione, «da circostanze materiali oggettive» (art. 1, par. 4). La convenzione, nel rinviare agli Stati membri il compito di assumere «le misure necessarie ad assicurare che i comportamenti individuati nell'articolo 1, così come la complicità, l'istigazione o il tentativo relativi ai comportamenti individuati all'articolo 1, paragrafo 1» pretende che le frodi «siano passibili di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, che includono, almeno nel caso di frode grave, delle pene privative di libertà che possono comportare

offerti a livello nazionale siano «sufficienti», valutando anche «la grandezza e l'importanza» che il problema ha assunto in ambito sovranazionale, al fine di valutare se risulti imprescindibile che venga arrogato dalla stessa. Pertanto, se l'Unione europea stima che, senza pregiudizio per le finalità comunitarie, gli Stati membri possano operare in maniera efficace ed opportuna, si è di fronte a beni giuridici comunitari in senso ampio[126].

Ciò posto, deve constatarsi che la dimensione comunitaria degli interessi ha contribuito ad innescare fenomeni di criminalità transnazionale, a fronte dei quali si è avvertita la necessità di approntare strumenti di contrasto idonei ad

---

l'estradizione». Alla tutela degli interessi finanziari di terzo pilastro si accompagnano due protocolli alla convenzione PIF: il primo, del 1996, sulla corruzione dei pubblici funzionari nazionali e internazionali (Protocollo del 27 settembre 1996 sulla definizione di corruzione), definisce le ipotesi di corruzione attiva e passiva idonee a mettere in pericolo gli interessi finanziari della CE e ne impone agli Stati la criminalizzazione; il secondo, del 1997, impone di adottare forme di ascrizione degli illeciti alla responsabilità delle persone giuridiche e di criminalizzare le ipotesi di riciclaggio lesive degli interessi finanziari della CE (Protocollo del 19 giugno 1997, a cui va aggiunto il protocollo del 29 novembre 1996). La convenzione PIF e il primo protocollo sono stati ratificati in Italia con la legge n. 300/2000. In quarto luogo, è prevista la tutela mediante direttive e regolamenti realizzata con l'emanazione di obblighi comunitari di tutela fondata sull'art. 280 par. 1, 3 e 4 TCE. Sul punto, giova precisare che, mentre la tutela per assimilazione di cui al par. 2 di tale articolo si riferiva alle sole offese degli interessi finanziari della Comunità europea realizzate mediante frode («contro la frode»), gli obblighi comunitari di tutela si riferivano più genericamente alle diverse condotte causalmente idonee ad offendere gli interessi finanziari comunitari (lotta «contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari della Comunità»). A questi quattro strumenti deve aggiungersi, nonostante il suo carattere di "fonte virtuale" (l'espressione è di PALIERO C.E., La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale dell'Unione Europea, in Riv. it. dir. proc. pen., 2000, p. 480), il Corpus Juris che, in tema di frode, dispone l'accostamento alle ipotesi dolose dell'incriminazione di condotte colpose e l'arretramento della punibilità alle condotte concretamente idonee a mettere in pericolo il bene da tutelare. Precisa Sotis C., SOTIS C., Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente, Giuffrè, Milano, 2007, p. 81 che «Questo testo prevede una tutela a tutto tondo del bene "interessi finanziari comunitari" attraverso la previsione e tipizzazione di tutta una serie di ipotesi satellite, quali ad esempio riciclaggio, corruzione, abuso di funzioni, malversazione, rivelazione di segreti, etc.». Sul punto, v. anche G. GRASSO (a cura di), *Verso uno spazio giudiziario europeo.* Corpus Juris *contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 1997, passim; L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 1999, *passim*; AA.VV., *Tavola rotonda: Il* "Corpus Juris" *e le prospettive di riforma del sistema repressivo 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*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 341 ss.; G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), *Il* Corpus Juris *2000: un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Giuffrè, Milano, 2003, *passim*; L. PICOTTI (a cura di), *Il* Corpus Juris *2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Cedam, Padova, 2004, *passim*.

[126] Precisa G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale. Obblighi di tutela penale, meritevolezza e bisogno di pena*, Foggia, 2005, p. 191, che «l'Unione, in forza del principio di sussidiarietà, assumerà una funzione attiva e preponderante in un determinato settore solo se l'importanza di questo lo giustifica, dovendo considerarsi, inoltre, che le azioni che possono intraprendersi nell'ambito statale sono insufficienti».

assicurarne un'efficace repressione. Può allora sostenersi che l'espansione del novero delle oggettività giuridiche e le relative esigenze di tutela hanno spinto il diritto penale a divenire oggetto di attenzione da parte dell'Unione[127].

Al riguardo, numerose sono le perplessità avanzate dalla dottrina maggioritaria, ostile al riconoscimento di una potestà penale europea, anche indiretta. Si tratta di una questione che verrà approfondita nel paragrafo successivo. Tuttavia, sul punto, preme rilevare che in dottrina è emersa – tra le altre – la tesi secondo cui, con riferimento ai beni giuridici del secondo gruppo, l'Unione potrebbe solamente assumere iniziative di c.d. armonizzazione delle legislazioni penali nazionali. Al contrario, per tutelare i beni giuridici del primo tipo, l'Unione sarebbe legittimata non solo all'introduzione di forme estremamente penetranti di armonizzazione delle normative penali statali (ad es. direttive molto specifiche e dettagliate), ma altresì a realizzare interventi normativi diretti, attraverso la previsione di fattispecie incriminatrici comuni[128].

Secondo la tesi in commento, dunque, l'intervento penale sarebbe ristretto ai soli beni giuridici europei in senso proprio[129] e l'inserimento nell'ordinamento

---

[127] Corte Giust. UE, Commissione c. Grecia, 21 settembre 1989, causa 68/88, in Racc., 1989, p. 8 ss. Afferma 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-R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 196 che «A fronte di tale incessante (logicamente prevedibile e inevitabile) emersione di nuovi fondamentali interessi della costruzione europea necessitanti la più ampia tutela, la tensione del progetto europeo verso la risposta penale si pone in effetti come naturale». In dottrina, v. anche A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 7.

[128] SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 323 ss.; GRASSO G., *Diritto penale e integrazione europea*, in GRASSO G.-SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 54 ss.

[129] Con diversità di argomenti, v. 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*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 253 s.; G. FORNASARI, R*iserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Cedam, Padova, 2008, p. 17 ss. e spec. p. 32 ss., il quale però subordina l'intervento penale all'approvazione di una norma ad hoc che legittimi l'intervento penale della Unione europea. Precisa SALCUNI G., L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive, Giuffrè, Milano, 2011, p. 29 s. che «Questo risultato si raggiungerebbe trasponendo a livello sovranazionale gli stilemi argomentativi della teoria costituzionalmente orientata del bene protetto; d'altronde, anche a livello comunitario, sarebbe rinvenibile una Carta costituzionale (id est la Carta di Nizza) il cui valore sarebbe, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, quello proprio dei Trattati. Nella Carta di Nizza si sancisce da una parte la centralità della persona umana e dall'altra un decalogo aperto di diritti fondamentali, di modo che la loro tutela

penale italiano di norme volte, ad esempio, a tutelare le finanze comunitarie, ovvero un bene giuridico europeo in senso stretto (v. artt. 640 *bis*[130] e 316 *bis*[131] e

in termini penalistici possa avvenire solo se di pari rango o superiore al bene libertà personale. Dal catalogo dei beni giuridici sovranazionali così delineabile si dovrebbe poi ulteriormente discernere quelli meritevoli di tutela richiamando i criteri della meritevolezza e del bisogno di pena, utilizzati anche dalla CGUE per sindacare la compatibilità delle sanzioni nazionali con le libertà europee».

[130] La necessità di predisporre un'adeguata tutela penale nei confronti delle condotte di abusiva captazione dei finanziamenti pubblici ha indotto il legislatore ad introdurre, con la L. n. 55/1990, l'apposita incriminazione di cui all'art. 640 bis c.p. A lungo si è discusso in dottrina e in giurisprudenza in ordine alla natura giuridica della fattispecie in esame. A partire dal 1998, la Corte di Cassazione, al fine di valorizzarne le istanze repressive, ha sostenuto la sua autonomia, ritenendo non vincolante la terminologia usata nella rubrica e osservando che, se il legislatore avesse voluto introdurre un'altra circostanza aggravante nella truffa, meglio avrebbe fatto a collocarla all'interno dello stesso capoverso dell'art. 640 c.p., accanto alle aggravanti già conosciute e non in un diverso e separato articolo (c.d. criterio topografico). È stata inoltre sottolineata la "diversità qualitativa" del bene giuridico protetto e la «natura particolare del profitto conseguito dall'agente, poiché oggetto della tutela penale è il complesso delle pubbliche risorse destinate a finalità d'incentivazione economica». Ad ulteriore conferma dell'autonomia è stato chiamato in causa anche l'aspetto sanzionatorio, dal momento che l'art. 640 bis c.p. ha innalzato i limiti previsti per le altre ipotesi di truffa aggravata ed eliso la possibilità di ricorrere alla multa e alle pene accessorie speciali. L'impostazione non è stata da tutti condivisa, tant'è che la stessa Cassazione, a distanza di pochi anni, ha finito per ribaltare il proprio orientamento, concludendo a favore della qualificazione in termini di circostanza aggravante della previsione in commento. Il revirement si è avuto, in particolare, con Cass, Sez. Un., 26 giugno 2002, n. 26351, in CED Cass., rv. 221663, che con ampia motivazione ha enumerato gli indici che depongono a favore della nuova soluzione accolta. Innanzitutto, è stato sconfessato il c.d. criterio topografico, che non risulta decisivo, conoscendo il diritto penale diverse ipotesi di fattispecie che, sebbene formulate in articoli separati, sono da qualificare come circostanze aggravanti e di fattispecie che, al contrario, sebbene inserite nello stesso articolo, configurano reati autonomi, è stato dato fondamentale risalto, invece, al criterio strutturale: la descrizione della fattispecie non muta quelli che sono gli elementi essenziali del reato di truffa, né quelli materiali, né quelli psicologici, ma «introduce soltanto un oggetto materiale specifico – tradizionalmente qualificato come accidentale e cioè circostanziale – laddove prevede che la condotta truffaldina dell'agente e la disposizione patrimoniale dell'ente pubblico riguardino contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero erogazioni dello stesso tipo». È proprio, dunque, l'esistenza di un rapporto di specialità c.d. unilaterale, per specificazione o per aggiunta, a deporre nel senso della natura circostanziata del reato. Anche dopo questo intervento risolutore, la dottrina non ha mancato di evidenziare riserve sulla scelta operata dalla Corte. A prescindere, infatti, dalla considerazione che neanche il criterio strutturale appare così definitivo nel dirimere la questione, posto che l'ordinamento conosce altre fattispecie qualificate come reati autonomi nonostante l'esistenza di un rapporto di specialità, la soluzione adottata dalle Sezioni Unite non appare neppure coerente con le finalità che hanno determinato l'introduzione della norma nel sistema penale, ovvero le esigenze di efficace tutela degli interessi finanziari della Comunità europea (oggi, Unione europea), come peraltro prescritto dalle norme del Trattato di Roma, attraverso una sanzione penale edittalmente adeguata alla gravità del fatto di reato. Ma le obiezioni non si fermano qui ed investono direttamente l'operato del legislatore: in particolare, pur dopo la nuova previsione ad hoc, rimangono i dubbi espressi già prima del '90 relativi alla idoneità della truffa a soddisfare l'esigenza di una efficace tutela degli interessi colpiti dal fenomeno fraudolento in esame. Innanzitutto, è la struttura della fattispecie a prestare il fianco alle critiche, posto che l'art. 640 bis c.p. riproduce un modello ritagliato sulla tutela degli interessi individuali e, quindi, poco adatto a cogliere il surplus di lesività che presentano gli episodi di abusiva captazione di benefici pubblici. In seconda battuta, la risposta sanzionatoria appare debole nel suo sostanziale omologarsi alla previsione edittale dell'ordinaria truffa aggravata e non si adegua a quell'aggiuntivo disvalore. Il punto più critico, tuttavia, rimane proprio la qualificazione accessoria della fattispecie che

ter[132] c.p.), confermerebbe quanto sopra esposto. Invero, le condotte fraudolente che incidono negativamente sulle finanze delle istituzioni frustrano le esigenze

---

consente al giudice la formulazione di un giudizio di comparazione idoneo ad elidere qualsiasi connotazione pubblica della incriminazione. Sui rapporti tra l'art. 640 bis c.p. e l'art. 2 L. n. 898/1986, v. per tutti SALCUNI G., *L'europeizzazione del diritto penale. Obblighi di tutela penale, meritevolezza e bisogno di pena*, Foggia, 2005.

[131] Il delitto di cui all'art. 316 bis c.p. è stato introdotto dalla L. 86/1990 allo scopo di colmare il vuoto di tutela che, precedentemente, si registrava in relazione al caso di chi ottenesse una sovvenzione pubblica in maniera lecita e senza frode, utilizzando tale somma – sempre senza frode – ma per un fine privato diverso da quello per il quale la sovvenzione era stata concessa. In relazione ai rapporti con le altre fattispecie, giova soffermarsi sui rapporti tra i reati di cui agli artt. 316 *bis* e 640 *bis* c.p. La tesi prevalente in giurisprudenza sostiene la configurabilità di un concorso (formale o materiale) di reati, sulla base dei seguenti argomenti. In primo luogo, si evidenzia che le due norme in esame incriminano due comportamenti differenti e cronologicamente distinti: la truffa aggravata incrimina l'illecito conseguimento dei finanziamenti pubblici, ottenuti mediante artifizi o raggiri, dunque un comportamento "a monte"; la malversazione, invece, punisce le frodi "a valle", attuate non destinando i fondi alle finalità di pubblico interesse per le quali sono stati erogati, dunque in un momento cronologicamente successivo al conseguimento del finanziamento. Pertanto, alla luce del principio di specialità, come descritto dall'art. 15 c.p., non si verte in una ipotesi di "stessa materia" regolata da una pluralità di disposizioni penale. In secondo luogo, si rimarca la diversa oggettività giuridica delle fattispecie: rispettivamente, patrimonio e buon andamento della pubblica amministrazione (in questo senso, v. Cass. Pen., Sez. II, 24 novembre 2011, n. 43349, in www.dirittoeprocesso.com). Di diverso avviso, tuttavia, altra parte della giurisprudenza, che ha ritenuto di fare applicazione del principio di sussidiarietà. V., ex multis, Cass. Pen., 4 giugno 2009, n. 23063, secondo cui «Il principio di sussidiarietà è applicabile quando due fattispecie criminose sanzionano due comportamenti diversi che offendano stati o gradi diversi dello stesso bene, uno più gravemente, e l'altro in misura minore, cosicché il secondo fatto-reato rimane assorbito nel primo. Non possono dunque essere sottoposti a sanzione penale entrambi i due comportamenti offensivi dello stesso bene, id est la condotta di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 bis c.p.) e quella di malversazione a danno dello Stato (art. 316 bis c.p.), poiché, in definitiva, il diverso impiego del finanziamento pubblico conseguito, integrante la fattispecie ex art. 316 bis c.p., non è che una conseguenza naturale del conseguimento dell'erogazione pubblica ottenuto a seguito del compimento del delitto di truffa».

[132] Il delitto di cui all'art. 316 *ter* c.p. è stato inserito nel codice penale dall'art. 4 L. n. 300/2000, al fine di completare la tutela apprestata contro le frodi allo Stato e alle Comunità europee, dando così attuazione alla Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee stipulata a Bruxelles il 26 luglio 1995, il cui art. 2 imponeva agli Stati membri di punire le frodi lesive dei predetti interessi – quali definite dall'art. 1 – con sanzioni penale «effettive, proporzionate e dissuasive», comprensive, almeno nei casi di «frode grave», di pene privative della libertà personale che possano comportare l'estradizione, salva la possibilità di stabilire sanzioni di natura non penale per le frodi di «lieve entità», riguardanti un importo totale inferiore a 4.000 euro. Sui rapporti tra l'art. 316 ter c.p. e l'art. 640 *bis* c.p., Cass, Sez. Un. 27 aprile 2007, n. 16568, in *www.altalex.com*, sono intervenute a dirimere il contrasto registratosi tra due fondamentali tesi: quella che considera la fattispecie di cui all'art. 316 *ter* speciale rispetto al reato di truffa ex art. 640 *bis* e quella che, viceversa, considera la prima solo sussidiaria della seconda. In questi ultimi termini si sono espresse le Sezioni Unite nel 2007, affermando che il delitto di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato è in rapporto di sussidiarietà, e non di specialità, con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, al pari del quale, è astrattamente configurabile anche nel caso di indebita erogazione di contributi aventi natura assistenziale. Ne consegue che il delitto di cui all'art. 316 ter c.p. – che, peraltro, diversamente dal delitto di truffa, assorbe il disvalore espresso dai delitti di falso ideologico di cui all'art. 483 c.p. e di uso di atto falso di cui all'art. 489 c.p. – si configura solo quando facciano difetto nella condotta gli estremi della truffa, come nel caso delle situazioni qualificate dal mero silenzio antidoveroso o dall'assenza di induzione in errore dell'autore della disposizione

sottostanti alla corretta allocazione di tali risorse, le quali rientrano negli obiettivi primari di politica economico-sociale programmati dalle autorità di governo dell'Unione europea.

La tesi in esame non può, tuttavia, essere condivisa, non solo in ragione della scarsa selettività del concetto di bene giuridico, ma anche – e soprattutto – perché presuppone che sia chiara la linea di confine tra ciò che costituisce bene giuridico sicuramente a carattere sovranazionale e ciò che non lo è. Infatti, come sopra accennato, solo con riferimento a taluni beni – come gli interessi finanziari e la concorrenza – non vi sono dubbi in ordine al loro carattere sovranazionale. Viceversa, sulla natura dei restanti beni, anch'essi emersi con la realtà europea, sono sorti accesi contrasti[133]. E così, date le incertezze sul punto, deve rilevarsi che l'adozione di una nozione ampia di bene sovranazionale potrebbe comportare una selezione del penalmente rilevante sulla base di criteri emotivo-irrazionali; invece, restringendo il campo di azione penale ai soli beni

---

patrimoniale. Tale principio è stato nuovamente confermato da Sez. Un., 16 dicembre 2010, n. 7537, in www.ordineavvocati.vr.it, secondo cui «l'art. 316 ter c.p. punisce condotte decettive non incluse nella fattispecie di truffa, caratterizzate (oltre che dal silenzio antidoveroso) da false dichiarazioni o dall'uso di atti o documenti falsi, ma nelle quali l'erogazione non discende da una falsa rappresentazione dei suoi presupposti da parte dell'ente pubblico erogatore, che non viene indotto in errore perché in realtà si rappresenta correttamente solo l'esistenza della formale attestazione del richiedente». Le stesse Sezioni Unite sono consapevoli che, così opinando, l'ambito di applicabilità dell'art. 316 ter c.p. si riduce così a situazioni del tutto marginali, come quelle del mero silenzio antidoveroso o di una condotta che non induca effettivamente in errore l'autore della disposizione patrimoniale; quindi, a quei casi nei quali il procedimento di erogazione delle pubbliche sovvenzioni non presuppone l'effettivo accertamento da parte dell'erogatore dei presupposti del singolo contributo, ma ammette che il riconoscimento e la stessa determinazione del contributo siano fondati, almeno in via provvisoria, sulla mera dichiarazione del soggetto interessato, riservando eventualmente a una fase successiva le opportune verifiche.

[133] Cosi, G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 30 ss., secondo cui «Sorgono perplessità, infatti, circa l'esattezza concettuale e terminologica della locuzione "beni giuridici europei" e "beni giuridici la cui titolarità spetta alla UE". Il bene giuridico, in molti casi, non è né europeo né nazionale: i beni sono universali e non si arrestano ai confini di nessun ordinamento giuridico. Il mutamento d'ordinamento giuridico può comportare un mutamento delle sole tecniche di tutela dello stesso, ma non altro. In termini diversi, sicurezza sul lavoro (art. 153 TFUE), ambiente (art. 3 TUE), salubrità dell'aria e delle acque (art. 6 TFUE) altro non sono che tecniche di tutela anticipate del più classico dei beni giuridici: la vita. Stando così le cose, non può allora sostenersi che il concetto del "bene vita" sia un "interesse giuridico europeo", così come non può affermarsi che appartenga allo Stato. La locuzione "bene la cui titolarità spetta…" sta a significare che a quel determinato ordinamento compete la tutela (e la scelta delle tecniche di tutela) di quel determinato interesse. Tale tutela potrà essere differente da ordinamento a ordinamento, ma il bene rimarrà immutabile. […] Gli odierni dibattiti che in tanti casi hanno ad oggetto la natura europea, anziché nazionale, di un dato bene giuridico si risolvono quindi, il più delle volte, nel confronto dialettico sull'ottimale allocazione della competenza a tutelare alcuni interessi».

sicuramente sovranazionali, vi sarebbe giocoforza una battuta d'arresto del fenomeno di europeizzazione del diritto penale[134]. Una battuta di arresto che, tuttavia, non si registra in tale settore; anzi, come si vedrà, l'Unione europea tende sempre più ad ingerirsi nel diritto penale, sebbene sia una materia ritenuta di "dominio" statale. Basta qui fare cenno alle due importanti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione – rese nel 2005 e nel 2007 – ove si è affermata la competenza penale diretta europea con riguardo al bene ambiente che, certamente, non può essere ascritto tra i beni europei in senso proprio.

Tenuto conto delle difficoltà sopra descritte, si deve ritenere che il criterio del bene giuridico possa svolgere unicamente una funzione di legittimazione, di tipo negativo, dell'azione penale europea,[135] nel senso che all'Unione è precluso di intervenire su beni a rilevanza prettamente interna (*rectius*, statale). Di contrario avviso è, tuttavia, una parte minoritaria della dottrina che, facendo perno sulla distinzione tra beni giuridici europei in senso proprio e in senso ampio, qualifica i concetti di necessità e di indispensabilità della pena (rispetto ai fini perseguiti dal diritto europeo) come criteri di legittimazione, di tipo positivo, dell'Unione

[134] A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in GRASSO G.-SICURELLA R., *Per un rilancio del progetto europeo: esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 381 ss. e spec. p. 384 ss.; G. MANNOZZI–F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176-03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. Ec.*, 2006, p. 899 ss.

[135] In questo senso, v. SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 69 ss., secondo cui «se il concetto "bene giuridico comunitario" di per sé non è idoneo a svolgere una funzione critica, la classificazione dei beni comunitari svolge una (utilissima) funzione cognitiva, ma certo non una funzione critica»; SICURELLA R., *Il* Corpus Juris *e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, in GRASSO G.-SICURELLA R., *Il* Corpus Juris *2000. Modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 72 ss.; SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 299. *Contra*, SALCUNI G., *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 34, il quale afferma che il bene giuridico europeo svolge una funzione negativa, non essendo l'Unione europea legittimata ad intervenire su beni che abbiano rilevanza prettamente interna. L'Autore precisa che «Difatti, l'Unione non ha mai tentato iniziative di armonizzazione di beni quali la vita ed integrità fisica o di beni riguardanti materie eticamente sensibili, proprio per le profonde differenze esistenti a livello europeo sulla tutela penale di tali beni (basti pensare alla impraticabilità – per ora – di qualsiasi forma di armonizzazione del fenomeno dell'eutanasia, dell'aborto o della procreazione medicalmente assistita)». In linea generale, sulla funzione negativa del bene giuridico, v. BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, 1973, p. 7 ss., ora in Id., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, vol. I/1, p. 539 ss.; MARINUCCI G.–DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, II, Giuffrè, Milano, 2001, p. 487 ss.; PULITANÒ D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 140 ss.; ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 3 ss.; MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 11 s.

europea in campo penale[136]. In particolare, in base a questa impostazione, qualora ad essere coinvolti dall'azione europea siano beni essenziali, è sufficiente una valutazione di semplice necessità della sanzione penale per poterla considerare legittima; se, invece, la potestà legislativa penale dell'Unione riguarda materie non centrali nella politica europea, ma ciononostante collegate trasversalmente ad altri obiettivi fondamentali, secondo il principio di sussidiarietà europeo le misure di tipo penale adottate dall'Unione – per potersi dire legittime – dovranno risultare non solo necessarie, ma anche indispensabili[137].

Ancora, i fautori della tesi in commento ritengono che, con riferimento ai beni giuridici in senso proprio, ai fini del corretto esercizio della competenza penale europea, occorra unicamente rispettare il principio di proporzione, che si articola nei tre requisiti dell'idoneità dei mezzi al raggiungimento dei fini, della necessità delle misure adottate e della conformità o adeguatezza del rapporto costi-benefici[138]. Diverso il discorso con riferimento ai beni a rilevanza europea, dovendo la competenza penale rispettare non solo la proporzione, ma anche la sussidiarietà che impone, peraltro, una valutazione del rapporto tra mezzo e fine, oltre che in astratto, anche in concreto, secondo uno studio empirico-criminologico che tenga conto del rapporto costi-benefici.

Le problematiche sopra esposte si acuiscono ancor di più in ragione dell'appartenenza dei beni europei al *genus* dei beni collettivi e funzionali[139], la

---

[136] Questi criteri sono tratti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che interpreta «la sussidiarietà europea secondo la logica di un doppio binario, a seconda della natura degli interessi in gioco e della gravità dei danni da prevenire». V., per tutti, SALCUNI G., *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 35 ss.; SIRACUSA L., *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo «tassello» della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., 2008, p. 251.

[137] Inoltre, SIRACUSA L., *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo «tassello» della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., 2008, p. 261, precisa che l'indispensabilità della sanzione penale dipende, oltre che dalla «trasversalità» del fine perseguito, anche dalla «gravità» dei danni al bene protetto che si intendono prevenire.

[138] Così, DONINI M., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, p. 115 ss.

[139] MOCCIA S., *L'involuzione del diritto penale in materia economica e le fattispecie incriminatrici del* Corpus Juris *europeo*, in BARTONE N. (a cura di), *Diritto penale europeo: spazio giuridico e rete giudiziaria*, Cedam, Padova, 2001, p. 40 ss.; TIEDEMANN K., *Il diritto penale dell'economia: suo ambito e significato per il diritto penale e l'economia*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.,* 1988, p. 1 ss.

cui tutela penale è costruita secondo la logica del pericolo[140] in astratto[141], che, secondo i più, snatura i concetti tradizionali del diritto penale, stridendo, inevitabilmente, con il principio di offensività[142], sino ad assumere connotati

[140] Il pericolo è un giudizio sulla prevedibilità del verificarsi di un evento lesivo. Esso può diversamente atteggiarsi a seconda che inerisca alla condotta o all'evento del reato. Nel primo caso (*reati di condotta pericolosa) il pericolo caratterizza l'agere stesso del reo (come nel reato di strage ex* art. 422 c.p. o nell'attentato alla sicurezza dei trasporti ex art. 432 c.p.), un presupposto (come nell'omissione di soccorso ex art. 593 c.p.) o l'oggetto materiale dell'illecito (come nel commercio di sostanze alimentari nocive *ex* art. 444 c.p.). Nel secondo caso (reati di evento pericoloso), invece, il pericolo viene a coincidere con l'evento medesimo (come nel danneggiamento seguito da incendio *ex* art. 424 c.p.). La descritta distinzione si riflette sul crinale del momento del giudizio di probabilità. L'impostazione più seguita, invero, individua nel giudizio prognostico ex ante il dato cronologico rilevante, nel senso che la valutazione deve retrocedere, per i reati di condotta pericolosa, al momento in cui viene posta in essere la condotta medesima, mentre per i reati di evento pericoloso al tempo della verificazione dell'evento medesimo. Sulla base del giudizio si fronteggiano due diversi approcci a seconda che si intenda privilegiare il fattore generalpreventivo o che si preferisca adottare soluzioni più conformi al principio della necessaria offensività. Si registrano da un lato la tesi classica della base parziale ex ante, seguita dalla giurisprudenza maggioritaria, per cui rilevano solamente le circostanze conosciute dal reo o comunque conoscibili al momento della condotta secondo la migliore scienza ed esperienza, e quella più recente, della base totale *ex ante*, secondo cui si deve tener conto di tutte le circostanze effettivamente realizzatesi, anche laddove il soggetto agente ne abbia avuto conoscenza in un momento successivo alla sua condotta.

[141] La ricostruzione più tradizionale distingue gli illeciti di pericolo in reati di pericolo concreto e in illeciti di pericolo astratto o presunto. Nei primi il pericolo è previsto come elemento costitutivo espresso, per la cui sussistenza dei quali il pericolo deve esistere in concreto, dovendo essere oggetto di verifica da parte del giudice (si pensi, ad esempio, al reato di incendio di cosa propria di cui all'art. 423, comma 2, c.p., che ricorre solo se l'incendio è pericolo per la pubblica incolumità). Invece, nei reati di pericolo astratto o presunto la situazione di pericolo viene presunta in sede legislativa con la commissione della condotta incriminata, non risultando quindi necessaria alcuna indagine sulla effettiva messa in pericolo del bene oggetto di tutela (si pensi al reato di incendio di cosa altrui *ex* art. 423, comma 1, c.p. in cui non vi è alcun accenno alla figura del pericolo per la pubblica incolumità). Alcuni Autori articolano maggiormente la distinzione, elaborando a tal fine tre differenti categorie. Quella dei reati di pericolo concreto che esigono un controllo circa l'effettiva sussistenza di un pericolo, rappresentando lo stesso un requisito della fattispecie. Quella dei reati di pericolo astratto, ricorrenti quante volte si prescinde dalla verifica del pericolo in quanto questo non rappresenta un requisito della fattispecie, ma viene legislativamente ritenuto, sulla scorta della migliore scienza ed esperienza, insito nella stessa condotta e quindi al giudice non compete che il mero scrutinio della corrispondenza tra il dato fattuale quello normativo: ciò in quanto non è possibile al momento della condotta controllare l'esistenza o meno delle condizioni per il verificarsi dell'evento lesivo (si pensi al reato di atti osceni in luogo pubblico in cui non è possibile sapere a priori se sopraggiungano persone). Quella dei reati di pericolo presunto nei quali il pericolo può non essere implicito nella stessa condotta, poiché al momento di essa è possibile controllare l'esistenza o meno delle condizioni per il verificarsi dell'evento lesivo, ma viene presunto iuris et de iure, per cui non è ammessa neppure prova contraria della sua concreta esistenza (si pensi al reato di incendio di cosa altrui, che sussiste anche se provocato in luogo deserto e previa adozione di tutte le precauzioni per evitare danni ai terzi). È rispetto a quest'ultima categoria che si registrano le maggiori frizioni con il dogma dell'offensività, visto che la presunzione assoluta di pericolosità stride con il fatto che la condotta può concretamente estrinsecarsi come non pericolosa.

[142] Sul principio di offensività v. MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, passim; RONCO M., *Struttura del fatto tipico, presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale, il requisito dell'offensività del fatto*, Zanichelli, Bologna, 2007; CIAMPA G., *Il fascio d'ortiche e la monade*

puramente simbolici[143] poiché utilizzato in settori "senza vittima"[144] . Si tratta, invero, di situazioni a c.d. contesto lecito di base nelle quali non è agevole determinare quando una azione possa dirsi offensiva di un bene collettivo, ovvero sovraindividuale: il pericolo per tali beni può realizzarsi solo mediante la reiterazione di condotte che, isolatamente considerate, possono essere inoffensive ma che, congiuntamente, possono offendere il bene protetto, secondo una valutazione che ha riguardo all'alterazione del funzionamento del sistema[145].

Sebbene diverse siano state le teorie elaborate in dottrina[146] al fine di superare le criticità esposte, non possono tuttavia dirsi sopiti i dubbi in ordine alla

---

infranta: conformità al tipo e offensività della condotta nella sistematica dei reati di falso, Aracne, Roma, 2012; CADOPPI A., *Offensivita e colpevolezza: verso un codice penale modello per l'Europa*, Cedam, Padova, 2002; CATERINI M., *Reato impossibile e offensività: un'indagine critica*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2004; SALCUNI G., *L'europeizzazione del diritto penale. Problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 55 ritiene che i reati di pericolo astratto presentino punto di frizione anche con il principio di colpevolezza: «Il prevalente utilizzo di tale figura delittuosa nei c.d. contesti leciti di base fa sì che il retroterra empirico-criminologico della fattispecie sia alquanto incolore e tale da non rendere percepibile l'antisocialità della condotta (perciò reati a condotta neutra). Il dolo, in questi casi, rischia di esaurirsi in una *culpa juris*, ovvero non nella volizione di una condotta antisociale, bensì nel non essersi l'autore attivato per conoscere l'illiceità del fatto. [… Senonché, le riflessioni testé sintetizzate, pur presentando elementi di problematicità, non inficiano la legittimazione dei beni funzionali, né la tutelabilità dei beni europei, dato che le problematiche emerse troveranno la loro soluzione nell'ambito della teoria della colpevolezza (sul modello delineato dalla storica sentenza della Corte cost. n. 364/1988), oppure – come preferibile – nella teoria del dolo richiedendo la conoscenza della situazione tipica offensiva».

[143] MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, p. 27 ss.; STORTONI L., *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2004, p. 75 ss.

[144] Tesi sostenuta da CATENACCI M., *La tutela penale dell'ambiente*, Cedam, Padova, 1996, p. 92 ss.; PALAZZO F.C., I *confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1992, p. 468 ss.; DE FRANCESCO G.A., *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in CANESTRARI S. (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola. Bologna 18-20 maggio 1995, Giappichelli, Torino, 1998, p. 376 ss. *Contra*, PEDRAZZI C., *Interessi economici e tutela penale*, in STILE A.M. (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985, p. 295 ss.; Alessandri A., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro. Un'introduzione*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 11 ss.; MARINUCCI G., *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 1482 s. secondo cui – come peraltro attestato dai più famosi casi Enron e World Com – sarebbero reati caratterizzati da una vittimizzazione di massa.

[145] Si tratta della teoria dei delitti cumulativi.

[146] Si pensi, in particolare, alla teoria della seriazione dei beni giuridici. In dottrina, v. FIORELLA A., voce *Reato (in generale)*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987, p. 770 ss.; VALLINI A., *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 170 ss.; MANTOVANI F., *L'esercizio di attività non autorizzata. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 11 ss. Nell'ambito della tutela penale dei beni collettivi, tra il bene finale e la condotta lecita vi sono serie di beni intermedi meritevoli e bisognosi di tutela penale in quanto funzionali alla protezione del bene finale. In particolare, FIORELLA A., *I Principi generali del diritto penale dell'impresa*, in CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa*, Cedam, Padova, 2001, p. 19 ss., sostiene che molti dei nuovi pretesi beni-funzione altro non sono che semplici entità strumentali di ben più

generale ammissibilità in sede penale della figura del pericolo astratto, quale tecnica posta a tutela dei beni collettivi e funzionali, tra i quali vanno annoverati i beni giuridici europei, di cui, peraltro – come visto – non è chiara la esatta individuazione, e su cui – come si vedrà – non è condivisa la legittimazione penale europea.

2. Sulla potestà penale diretta in capo alle Istituzioni europee prima del Trattato di Lisbona.

A fronte della emersione dei c.d. beni giuridici europei – di cui, come si è visto, non è chiara l'esatta individuazione – ci si è chiesti, e tuttora ci si chiede, se la loro tutela, in ambito penale, possa essere rimessa alle istituzioni comunitarie (oggi: europee), mediante l'introduzione di fattispecie incriminatrici che, operando direttamente nei singoli Stati membri, sono volte a stigmatizzare i comportamenti dalle stesse ritenute riprovevoli. Al riguardo, occorre fare una premessa, che involge i rapporti tra l'ordinamento dell'Unione e i singoli ordinamenti nazionali.

In particolare, è indubbio che l'influenza esercitata dal diritto europeo sul diritto interno sia il riflesso del principio della *primautè* del primo sul secondo: le disposizioni nazionali non possono essere contrastanti con i principi e i precetti vigenti a livello europeo, pena la loro disapplicazione (*rectius*, non applicazione)

---

consolidate oggettività giuridiche. Secondo SALCUNI G., *L'europeizzazione del diritto penale. Problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 84 ss., la teoria della seriazione dei beni giuridici risulta utilizzabile per i beni come l'ambiente e la sicurezza sui luoghi di lavoro (art. 153 TFUE), ma non anche con riferimento alla tutela penale delle funzioni in senso proprio. MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 100 ss. afferma che «La compatibilità» dei beni funzionali «con il principio costituzionale di offensività dipenderà dal grado di prossimità della condotta descritta in fattispecie, e sottoposta a sanzione, rispetto al bene finale, dalla connotazione lesiva della stessa – pur immediatamente focalizzata sull'interesse intermedio (o sulla funzione) – rispetto al bene scopo». Poiché i beni giuridici (immateriali) di cui si discorre non possono essere offesi da una singola azione, è stata elaborata una nozione di bene intermedio che, per definizione, viene immediatamente offeso da un singolo atto individuale e la cui lesione costituisce indizio di una astratta pericolosità della condotta tipica nei confronti del bene collettivo[146]. *Contra*, SALCUNI G., *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 41 ss.

ad opera del giudice ordinario[147]. Tuttavia, secondo la teoria dei c.d. controlimiti – elaborata dai giudici della Consulta nel tentativo di arginare gli effetti dirompenti del diritto comunitario sul diritto interno – gli atti delle istituzioni europee devono assicurare il rispetto dei «principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale» e dei «diritti inalienabili della persona umana», la cui verifica è affidata alla Corte costituzionale[148].

Come a più riprese affermato dalla Consulta, l'ordinamento italiano dunque non si apre incondizionatamente alla normativa europea, vigendo il controlimite

[147] Peraltro, come si è già visto, prima di disapplicare, il giudice nazionale dovrà cercare «fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali […] quella conforme alle prescrizioni della Comunità». Nel caso in cui si presenti «un'irriducibile incompatibilità fra la norma interna e quella comunitaria, è quest'ultima, in ogni caso, a prevalere» (Corte Cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *www.cortecostituzionale.it*).

[148] Inizialmente, Corte Cost. n. 198/1965, in Giurispr. Cost., 1965, I, p. 1322 ss., ha affermato che le limitazioni della sovranità nazionale consentite dall'art. 11 Cost. non possano comportare la soppressione o la restrizione delle garanzie fondamentali previste dalla Costituzione. Successivamente, Corte Cost., 27 dicembre 1973, n. 183, in *www.cortecostituzionale.it*, ha ripreso quanto statuito nella precedente pronuncia, chiarendo che «[…] precise e puntuali disposizioni del Trattato forniscono sicura garanzia, talché appare difficile configurare anche in astratto l'ipotesi che un regolamento comunitario possa incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici, con disposizioni contrastanti con la Costituzione italiana. È appena il caso di aggiungere che in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma - sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini -, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. 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. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali». Il controllo della Corte costituzionale sul rispetto dei c.d. controlimiti al primato del diritto comunitario è, dunque, successivo al controllo della Corte di giustizia sulla validità della norma comunitaria. La pregiudiziale comunitaria di validità si configura, pertanto, come presupposto di ammissibilità della questione costituzionale sulla legge di esecuzione del Trattato. Un'ulteriore conferma dell'atteggiamento di chiusura dell'ordinamento italiano a quello sovranazionale si rinviene nella notissima sentenza Granital dell'8 giugno 1984, in *www.cortecostituzionale.it*, nelle cui considerazioni la Corte riscontra che «le osservazioni fin qui svolte non implicano, tuttavia, che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte. Questo Collegio ha, nella sentenza n. 183/1973, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana nell'ipotesi contemplata, sia pure come improbabile, al numero 9 nella parte motiva di detta pronunzia». Al riguardo, SALMONI F., *La Corte costituzionale, la Corte di giustizia CE e la tutela dei diritti fondamentali*, in FALZEA P.-SPADARO A.-VENTURA L. (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 306, afferma che «La creazione di questa sorta di riserva di giurisdizione ha avuto sì come obiettivo quello di garantire l'inviolabilità da parte del diritto comunitario del cuore della costituzione italiana, di quell'insieme di principi e diritti che rappresentano il nucleo intangibile della Carta costituzionale, ma anche, contestualmente, quello di esaltare il ruolo della Corte costituzionale come soggetto legittimato a difendere ad oltranza la Costituzione e i diritti dei singoli, in quanto organo di chiusura del sistema».

del rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili della persona umana. E, fra i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, che segnano un limite invalicabile all'ingresso delle disposizioni europee nel sistema nazionale, vi è il principio di riserva di legge in materia penale, consacrato all'art. 25, comma2, Cost.[149]

Si tratta, evidentemente, di assicurare un'adeguata garanzia delle libertà personali dell'individuo mediante la dialettica parlamentare tra maggioranza e minoranza, il controllo di legittimità sulle leggi e sugli atti aventi forza di legge[150] da parte della Corte Costituzionale[151] e, non ultimo, l'istituto del *referendum*

[149] V. anche l'art. 117, co. 1 e co. 2 lett. l), Cost. Il principio di legalità penale è parte integrante di tutti gli ordinamenti giuridici europei. Precisa SCOLETTA M., *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in PALIERO C.E.-VIGANÒ F., *Europa e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 203 che «Tale contenuto fondamentale, tuttavia, incontra "confini" normativi talora eterogenei e spesso incerti nei vari ordinamenti statali, autonomamente tracciati sulla base di diverse sensibilità e tradizioni giuridiche nazionali, che compongono il "ventre molle" della semantica del principio. È in questa prospettiva – attenta al contenuto particolare ed analitico del diritto fondamentale – che risulta corretta l'immagine di una multiforme fisionomia della legalità penale nei singoli sistemi giuridici nazionali e, conseguentemente, la constatazione di livelli parzialmente disomogenei di tutela tra i diversi Paesi del consesso europeo e finanche di quello comunitario». Per una panoramica sui diversi ordinamenti, v. FORNASARI G.-MENGHINI A., *Percorsi europei di diritto penale*, Cedam, Padova, 2008, p. 18 ss.; VASSALLI G., voce Nullum crimen, nulla poena sine lege, in *Dig. Disc. Pen.*, 1994, p. 281 ss.

[150] La possibilità che il decreto legge e il decreto legislativo possano prevedere sanzioni penali è una questione ancora oggi dibattuta in dottrina, ove si assiste ad una tesi estrema che vorrebbe la riserva assoluta di legge come espressione solo della legge in senso formale. V., sul punto, MARINUCCI G.–DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2001, p. 41 ss.; FIANDACA G.–MUSCO M., *Diritto penale, parte generale*, IV ed., Zanichelli, Bologna, 2001, p. 54 ss.; DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1999, p. 12 ss.; CARBONI G., *L'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 25 ss.; MUSCO M., *L'illusione penalistica*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 172. Altra parte della dottrina, invece, seppur in chiave problematica, sembra propendere per una riserva di legge assoluta in cui rientrino anche le leggi materiali. Cfr., al riguardo, GALLO M., *Appunti di diritto penale*, *La legge penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1999, p. 40 ss.; MARINI G., voce Nullum crimen, nulla poena sine lege, in Enc. Dir., XXVIII, Milano, 1978, p. 954 ss.; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, *Parte generale*, VII ed., Milano, 2000, p. 42; TRAPANI M., *Legge penale*, in *Enc. Dir.*, 1990, p. 5 ss.; PETROCELLI B., *Norma penale e regolamento*, in ID., *Saggi di diritto penale*, Cedam, Padova, 1965, p. 157 ss.; SPASARI M., *Diritto penale e costituzione*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 18 ss.

[151] Secondo SALCUNI G., *L'europeizzazione del diritto penale. Obblighi di tutela penale, meritevolezza e bisogno di pena*, Foggia, 2005, p. 18 s., «In una società moderna a democraticità diffusa ci sembra […] che la ratio politica della riserva di legge non possa più essere ridotta alla tutela delle minoranze filtrata dal ruolo di garanzia del Parlamento, né dal fatto che attraverso l'organo legislativo si garantirebbe un controllo dell'opinione pubblica sulle scelte legislative. In una società moderna, specie a seguito di riforme politico istituzionali in chiave maggioritaria, il Parlamento ha perso il suo ruolo di garanzia e la democraticità dello stesso, la tutela delle minoranze avrebbero, inevitabilmente, "ceduto il passo" al c.d. principio della maggioranza. […] riserva di legge […] non può essere vista esclusivamente in senso formale, come tradizionalmente si ammette, ma deve, altresì, per poter rendere giustiziabili quelle istanze di garanzia di cui è portavoce, riletta anche in senso sostanziale, ovvero, come controllo delle scelte politico

abrogativo di cui all'art. 75 Cost. Nello specifico, in considerazione della rilevanza dei beni incisi dalle sanzioni penali, quali la libertà personale e la dignità umana, si ritiene che l'unica fonte abilitata ad intervenire in materia sia la legge, in quanto atto promanante dal Parlamento, ovvero da un organo che esprime la sovranità popolare, attraverso il processo di formazione delle leggi.

La ragione sottesa alla scelta costituzionale di assegnare il monopolio dello *ius puniendi* in capo al potere legislativo risiede, dunque, nella sua rappresentatività[152], in quanto espressione non di una stretta oligarchia, ma dell'intero popolo: attraverso i suoi rappresentanti il relativo esercizio avviene non arbitrariamente, ma per il suo bene e nel suo interesse[153]. La potestà penale deve fondarsi su un rapporto di consenso rigorosamente democratico con i cittadini, mediante la sottrazione della materia al potere esecutivo e al potere giudiziario[154], in ossequio alla concezione illuministica in forza della quale "solo il popolo può legiferare contro se stesso"[155].

---

criminali da parte della Corte Costituzionale. […] Questo quadro ristretto di fonti del diritto penale, mostra, come queste si caratterizzino per il solo fatto di essere tutte soggette al controllo della Corte Costituzionale, è il controllo della Corte Costituzionale, in definitiva, il fondamento ultimo che oggi assume la riserva di legge. […] Ciò sarebbe testimoniato dallo stesso ruolo che, col passare del tempo, la Corte ha "eroso" al Parlamento, infatti, le sentenze della Consulta si caratterizzano sempre più per essere sentenze interpretative o manipolative».

[152] Il Parlamento è l'organo che, nell'intelaiatura costituzionale, è posto al centro dell'organizzazione istituzionale, in quanto diretta espressione della volontà popolare.

[153] In dottrina è stato autorevolmente osservato che dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana la riserva di legge in materia penale implica una vera e propria eterolimitazione nei confronti del legislatore ordinario, costituendo un freno ad ogni atto che voglia intaccare la statualità del diritto penale.

[154] La separazione dei poteri non è propria dell'ordinamento europeo, il quale sostituisce a questa logica quella della condivisione dei poteri. In generale, sulla distinzione esistente tra la separazione dei poteri e la condivisione dei poteri esistente a livello europeo, v. ROSSI L.S., *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, in *Quad. cost*., 2002, p. 567 ss.; CASSESE S., *La costituzione europea: elogio della precarietà*, in *Quad. cost*., 2002, p. 71 ss. Per una critica al modello rigido della separazione dei poteri, cfr. FIANDACA G., *L'offensività è un principio codificabile?*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p. 111 ss.; DONINI M., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen*., 2001, p. 27 ss.; DONINI M., *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen*., 2003, p. 1809 ss.; MANES V., *Il principio di offensività. Tra codificazione e previsione costituzionale*, in DE FRANCESCO G.-VENAFRO E. (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 28 e nota 32.

[155] Il principio di legalità penale è tratto caratterizzante dello "Stato di diritto" sin dalle prime enunciazioni illuministiche. V. VASSALLI G., voce Nullum crimen, nulla poena sine lege, in *Dig. Disc. Pen.*, 1994; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 5 ss. La previsione, la comminazione e l'esecuzione della pena detentiva sono sottoposti, secondo l'art. 3 Cost., al duplice vincolo della riserva di legge e della riserva di giurisdizione.

Considerato che il principio di riserva di legge, alla luce di quanto detto, costituisce un controlimite alla ingerenza dell'ordinamento europeo sull'ordinamento interno, deve essere negato il riconoscimento di una potestà penale diretta[156] in capo alle istituzioni europee[157], *in primis* in ragione del *deficit* del tasso di democraticità[158]. All'ascrizione in favore degli organi europei di una

[156] Vale a dire un potere degli organi europei di prevedere fattispecie incriminatrici o istituti di diritto penale generale direttamente applicabili nei confronti dei singoli cittadini degli Stati membri.

[157] La dottrina maggioritaria ha opposto l'esistenza di una serie di limiti costituzionali all'eventuale elaborazione di un diritto penale comunitario potenzialmente destinato a delegittimare quello interno, confermando le proprie ragioni di contrarietà ad un'operazione giuridica dai connotati esasperatamente disinvolti. GRASSO G., *Il* Corpus Juris *e il progetto di Costituzione europea*, in GRASSO G.-SICURELLA R., *Il* Corpus Juris *2000. Modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003, p. 1 ss.; DE VERO G., *Corso di diritto penale*, I, Giappichelli, Torino, 2004, p. 263 ss.; SAMMARCO G., *Interessi comunitari e tecniche di tutela penale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 309 ss.; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2001, p. 62 ss.

[158] BERNARDI A., *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 30 ss.; BERNARDI A., *«Riserva di legge» e fonti europee in materia penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, Nuova Serie, Scienze Giuridiche, 2006, p. 1 ss.; BERNARDI A., *Nessuna pena senza legge*, in BARTOLE S.-CONFORTI B.-RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 252 ss.; DI GIOVINE O., *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, p. 2249 ss.; ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 303 ss. e nota 679; NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritti penale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 57 ss.; CHIAVARIO M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 69 ss.; GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2011, *passim*; CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nella materia penale*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2012, p. 293 ss.; CUPELLI C., *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012, p. 535 ss.; GRASSO G., I*l Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, Vol. IV, p. 2335 ss.; MOCCIA S., *Funzione della pena e implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 929 ss.; R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, vol. IV, p. 2584 ss.; SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 435 ss. *Contra*, SGUEO G., *Il* deficit *democratico dell'Unione europea e il ruolo del Parlamento*, in *www.diritto.it*, secondo cui «il problema relativo al deficit democratico si ridimensiona sensibilmente nel momento in cui si osserveranno le garanzie procedurali offerte alle parti interessate nelle funzioni di competenza della Commissione e si amplierà il discorso al dialogo tra questa e la società civile. Ne emerge, infatti, un quadro ben più articolato e complesso di quello che potrebbe apparire ad una prima, superficiale, osservazione. I portatori di interessi rilevanti vengono garantiti del diritto di accedere ai documenti (e, più in generale della facoltà di usufruire di un sistema trasparente, che consente loro di essere informati circa lo sviluppo delle politiche europee), di quello di essere ascoltati allorché il procedimento li interessa personalmente oppure, in caso di procedure rivolte alla generalità dei cittadini, del diritto di essere consultati nel corso dell'adozione delle decisioni». L'Autore precisa che «Gli strumenti attraverso i quali la società civile comunica con il Parlamento sono prevalentemente cinque. Il primo, più generale, fa riferimento alla possibilità per i cittadini di accedere ai relativi documenti, fatte salve le ipotesi in cui l'accesso è differito o escluso. A tal fine è istituito un registro pubblico degli atti del Parlamento (e di tutte le altre istituzioni) cui i cittadini possono fare riferimento. Il

competenza sanzionatoria di tipo penale osta il modo stesso in cui i poteri sono ripartiti in seno alla Comunità europea[159]. L'introduzione della procedura di codecisione[160] – che, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è

secondo strumento prende il nome di "posta del cittadino". Si tratta di un vero e proprio casellario di posta elettronica al quale i cittadini possono fare riferimento per formulare domande, chiedere informazioni o presentare proposte. Non sono previsti particolari limiti di forma o sostanza. È sufficiente che le domande riguardino uno dei settori di competenza dell'Unione e vengano presentate compilando l'apposito modulo online. Il Parlamento si impegna a rispondere a ciascun cittadino, nella lingua di appartenenza, entro un termine di tempo ragionevole. Il terzo strumento è disciplinato nel Trattato, all'articolo 194 e nel Regolamento del Parlamento europeo, all'articolo 191. Si tratta del cd. "diritto di petizione", per cui qualsiasi cittadino dell'Unione europea o residente di uno Stato membro può presentare una petizione al Parlamento europeo, individualmente o in associazione con altri, su una materia che rientra nel campo d'attività dell'Unione europea e che lo concerne direttamente. Il diritto di petizione è riconosciuto espressamente anche alle società, organizzazioni o associazioni con sede sociale nell'Unione europea. L'esercizio del diritto, come prevede l'articolo 191 del Regolamento procedurale del Parlamento, dai punti quarto e seguente, avviene nelle seguenti modalità: "(…) 4. Le petizioni sono iscritte in un ruolo generale nell'ordine in cui sono pervenute, se soddisfano alle condizioni previste al paragrafo 2; in caso contrario esse vengono archiviate e il motivo viene comunicato ai firmatari. 5. Le petizioni iscritte nel ruolo generale sono deferite dal Presidente alla commissione competente, che deve esaminare se esse rientrano nell'ambito delle attività dell'Unione europea. 6. Le petizioni dichiarate irricevibili dalla commissione sono archiviate. I firmatari sono informati in merito alla decisione presa e ai motivi della stessa. 7. In tal caso la commissione competente può suggerire al firmatario di rivolgersi alla competente autorità dello Stato membro interessato o dell'Unione europea. 8. A meno che i firmatari non ne abbiano sollecitato un esame riservato, la petizione è iscritta in un ruolo generale pubblico. 9. Qualora la commissione lo ritenga opportuno, può sottoporre la questione al Mediatore (…)". Il quarto strumento prende il nome di Agorà. Si tratta di un forum telematico, accessibile dal sito web del Parlamento, dedicato a questioni problematiche di particolare rilievo. Al momento, ad esempio, il tema portante è costituito dai cambiamenti climatici e dal coinvolgimento delle istituzioni e dei cittadini europei. In passato, invece, il principale argomento di discussione era stato costituito dal futuro dell'Europa. L'ultima forma di contatto diretto tra l'istituzione ed i cittadini è costituita dalla presenza di alcuni uffici di informazione dislocati sull'intero territorio europeo. In Italia, ad esempio, sono presenti due uffici: uno a Roma ed uno a Milano». Contra, SALCUNI G., *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 166 secondo cui «Deve infatti ritenersi ormai in via di netto superamento il pregiudizio nei confronti della normazione europea in materia penale dovuto al c.d. deficit democratico».

[159] In questo senso, v. SAMMARCO G., *Interessi comunitari e tecniche di tutela penale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 211 ss.; MILITELLO V., *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta europea*, in Dir. pen. XXI sec., 2003, p. 62 ss.; INSOLERA G., *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 62 ss. *Contra*, GRASSO G., *Il* Corpus Juris *e il progetto di Costituzione europea*, in GRASSO G.-SICURELLA R., *Il* Corpus Juris *2000. Modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003, p. 5 ss., secondo cui l'ostacolo del deficit democratico è ormai un lontano ricordo; SALCUNI G., *L'europeizzazione del diritto penale. Obblighi di tutela penale, meritevolezza e bisogno di pena*, Foggia, 2005, p. 16 ss.

[160] La procedura di codecisione implica che l'adozione degli atti giuridici dell'Unione a carattere legislativo (regolamento, direttiva, decisione) sia effettuata congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio, su proposta della Commissione. Tale procedura, in origine limitata a pochi casi, era stata successivamente estesa nella sua portata ad opera del Tratto di Amsterdam, che l'aveva sostituita alla procedura di cooperazione, al fine di rafforzare il ruolo del Parlamento europeo nel procedimento di adozione degli atti aventi valore legislativo. Infatti, la procedura di codecisione escludeva la possibilità per il Consiglio di superare la mancata approvazione dell'atto da parte del Parlamento europeo: l'atto, una volta respinto dal parlamento, si considerava definitivamente non adottato (art. 251 TCE). Viceversa, la procedura

divenuta la procedura legislativa ordinaria nell'Unione[161] – non appare sufficiente a "replicare" a livello europeo quel ruolo esclusivo e centrale che,

di cooperazione, introdotta con l'Atto Unico europeo del 1986, consentiva al Consiglio di superare la mancata approvazione del Parlamento europeo mediante l'assunzione dell'atto all'unanimità (art. 252 TCE). DE VERO G., *Il* Corpus Juris *e le prospettive di riforma del sistema repressivo 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 strutturali*. Atti del Seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo in collaborazione con la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Catania, Catania, 18-19 giugno 1998, Giuffrè, Milano, 2000, p. 386 ss.; PICOTTI L., *Potestà penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile "base giuridica" del* Corpus Juris. *In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE*, 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 strutturali*. Atti del Seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo in collaborazione con la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Catania, Catania, 18-19 giugno 1998, Giuffrè, Milano, 2000, p. 366 ss.

[161] La Procedura legislativa ordinaria, introdotta con il Tratto di Lisbona all'art. 289 TFUE, 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». Dunque, l'iniziativa legislativa è rimessa alla Commissione, che partecipa in via preponente, mentre la spettanza del potere decisionale (condiviso in misura paritaria) è affidata al Parlamento europeo e al Consiglio. La procedura legislativa ordinaria, che corrisponde alla previgente procedura di codecisione, rappresenta la procedura di più frequente applicazione per l'adozione di atti di carattere legislativo, rinvenendo la sua disciplina nell'art. 294 TFUE. Si fonda su un sistema di letture ripetute della proposta di atto legislativo, fino ad un massimo di tre volte, al fine di addivenire ad una posizione comune al Consiglio e al Parlamento europeo. La procedura si apre con la proposta della Commissione, che presenta un progetto di atto legislativo, indirizzato sia al Consiglio che al Parlamento europeo. La proposta legislativa – che, di regola, è formulata su autonoma iniziativa della Commissione – può tuttavia essere sollecitata anche da altri soggetti e, in particolare, dalle istituzioni politiche, quali il Parlamento europeo (art. 225 TFUE), il Consiglio (art. 241 TFUE), oppure il Consiglio europeo in relazione alle proposte dirette all'attuazione delle priorità e degli orientamenti politici generali da esso definiti nel settore della PESC (art. 15, par. 1, TUE). La mancata attivazione della Commissione non è sanzionata in modo espresso, ritenendosi pertanto che il suo comportamento omissivo non sia suscettibile di contestazione dinnanzi alla Corte di Giustizia UE mediante ricorso in carenza ex art. 265 TFUE. La proposta legislativa della Commissione può essere sollecitata anche in via popolare, mediante invito da parte di un milione di cittadini che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri (art. 11, par. 4, TUE). La proposta legislativa - presentata simultaneamente al parlamento europeo e al Consiglio – apre la fase di lettura del progetto di atto legislativo che si considererà definitivamente adottato ove una delle due istituzioni approvi la posizione assunta dall'altra. Per il raggiungimento di una posizione comune si dispone al massimo di tre letture, nel corso delle quali è possibile emendare la proposta presentata dalla Commissione secondo due diverse modalità deliberative. In particolare, il Consiglio può esercitare il potere di emendamento solo mediante una deliberazione all'unanimità (art. 293 TFUE), attesa la sua vocazione alla rappresentazione degli interessi dei singoli Stati membri: in tale contesto, il consenso dei rappresentanti degli Stati membri garantisce la conformità degli emendamenti all'interesse generale dell'Unione. La regola dell'unanimità non ha tuttavia una applicazione estesa all'intera procedura, potendosi applicare solo nella prima e nella seconda lettura (art. 293 TFUE). Viceversa, il Parlamento europeo può emendare la proposta della Commissione deliberando a maggioranza dei membri che lo compongono. La prima lettura si sostanzia nell'adozione, da parte del Parlamento europeo, della propria posizione sul progetto di atto. Tale posizione è trasmessa al Consiglio che: può approvare la posizione del Parlamento europeo e, dunque, l'atto si considererà adottato; oppure, può viceversa non approvare la posizione del Parlamento europeo, adottando la propria posizione in prima lettura (a maggioranza qualificata ex art. 16, par. 3, TUE) e trasmettendola al Parlamento europeo. In tale ultima evenienza, prende avvio la seconda lettura che può conoscere tre differenti esiti: il Parlamento approva la posizione del

senza eccezioni, gli ordinamenti nazionali riservano alle assemblee nella materia penale[162]. Basti solo pensare che secondo tale procedura la formazione degli atti normativi europei non è di competenza esclusiva del Parlamento europeo, assumendo un ruolo centrale anche il Consiglio e la Commissione europea[163]

Consiglio o non si pronuncia entro il termine di tre mesi dalla comunicazione e, pertanto, l'atto si considera adottato nella formulazione corrispondente alla posizione del Consiglio; il Parlamento europeo respinge la posizione del Consiglio, deliberando a maggioranza dei membri che lo compongono e, pertanto, l'atto si considera definitivamente non adottato; il Parlamento propone emendamenti alla posizione del Consiglio, deliberando a maggioranza dei membri che lo compongono e trasmette il testo emendato al Consiglio. In caso di mancata approvazione del testo da parte del Consiglio a maggioranza qualificata, viene convocato il comitato di conciliazione, su iniziativa del Presidente del Consiglio e d'intesa con il Presidente del parlamento europeo. Il Comitato di conciliazione, formato da tanti membri del Parlamento quanti sono gli Stati membri e dai membri del Consiglio (o loro delegati), con la partecipazione della Commissione, entro sei settimane elabora un progetto comune e lo trasmette a Parlamento e Consiglio. Qualora non si giunga ad un accordo, la procedura si conclude senza l'approvazione dell'atto. L'approvazione di un progetto comune entro il termine prescritto segna l'inizio della terza lettura: il progetto comune è trasmesso al Parlamento europeo e al Consiglio per l'adozione dell'atto, entro ulteriori sei settimane. In caso di mancata approvazione entro il termine prescritto, l'atto si considera non adottato. Nel corso della fase relativa alle letture ripetute del progetto di atto legislativo, la Commissione interviene (facoltativamente od obbligatoriamente, a seconda dei casi) nelle seguenti ipotesi: può modificare la propria proposta «fintantoché il Consiglio non ha deliberato, […] in ogni fase delle procedure che portano all'adozione di un atto dell'Unione (art. 293, par. 2, TFUE); formula un parere sugli emendamenti eventualmente proposti dal Parlamento in seconda lettura (art. 294, par. 7, lett. c) TFUE); partecipa ai lavori del Comitato di conciliazione e prende ogni iniziativa per favorire l'avvicinamento tra le posizioni assunte dal Consiglio e dal Parlamento europeo (art. 294, par. 11, TFUE).

[162] In altri termini, la procedura legislativa ordinaria non sarebbe ancora sufficiente ad attribuire legittimità democratica alle disposizioni europee dalle quali desumere la competenza penale diretta in capo all'Unione. «Non deve neanche fuorviare il fatto che il sistema delle fonti europee sia costruito secondo un criterio – grossomodo – definibile come "gradualistico": la legittimazione ad innovare la materia penale, come si è detto, dipende non soltanto dal carattere primario della fonte – perché altrimenti si potrebbe stabilire un'equivalenza "sostanziale" tra legge nazionale e regolamento comunitario – quanto dall'iter di formazione della fonte, di certo necessariamente primaria, che deve snodarsi secondo caratteristiche tipicamente parlamentari». MEZZETTI E., *Quale giustizia penale per l'Europa? Il «Libro verde» sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di un pubblico ministero europeo*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 3953 ss.; VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano, I, Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Cedam, Padova, 1999, p. 179 ss. SCOLETTA M., *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in PALIERO C.E.-VIGANÒ F., *Europa e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 218 constata che «Proprio l'assenza del principio democratico di "riserva di legge" fa sì, peraltro, che i corollari liberali della legalità europea assumano una fisionomia in parte diversa da quella normalmente elaborata negli ordinamento di civil law, dove la "legge" (in senso stretto) costituisce il referente principale rispetto al quale sono predicate e costruite le garanzie della irretroattività, della precisione e della tassatività. La corretta definizione del concetto di "law" rilevante ai fini del giudizio di conformità normativa ai canoni della legalità penale costituisce pertanto il presupposto da cui muovere per indagare il contenuto e la portata analitica del principio fondamentale nel quadro dell'ordinamento europeo».

[163] La Commissione europea – composta da un delegato per Stato membro (detto Commissario) a cui però è richiesta la massima indipendenza dal proprio governo nazionale – è una delle principali istituzioni dell'Unione europea di cui è un organo esecutivo. È titolare del potere di iniziativa legislativa, proponendo l'adozione degli atti normativi comunitari, la cui approvazione ultima spetta al Parlamento europeo e al Consiglio dell'Unione Europea. La

che, come noto, sono organi privi di quel tasso minimo di legittimazione e, ancor prima, di rappresentatività democratica, destinati a costituire l'inabdicabile presupposto per l'emanazione di disposizioni penali.

La ragione principale dell'incompetenza del legislatore europeo nella materia penale viene dunque tradizionalmente agganciata al difetto di legittimazione democratica negli organi incaricati dell'esercizio del potere legislativo comunitario[164], onde l'impossibilità che la eventuale scelta di politica criminale avvenga con quelle caratteristiche di discussione e di (tendenziale) ponderazione di tutti gli interessi in gioco che costituiscono la dinamica propriamente parlamentare. Non si tratta della gelosa conservazione di una prerogativa statale: la devoluzione del potere di criminalizzazione dei comportamenti lesivi degli interessi europei agli organi che attualmente condividono l'esercizio del potere normativo, in ambito comunitario, determinerebbe una grave violazione del significato sostanziale della legalità penale[165] che, sancita altresì a livello europeo[166], postula la democraticità delle scelte penali, quale principio proprio anche dell'Unione.[167].

Commissione è altresì responsabile dell'attuazione delle decisioni politiche da parte degli organi legislativi, gestisce i programmi UE e la spesa dei suoi fondi rappresenta, tutelando dunque gli interessi dell'Unione europea nella sua interezza.

[164] Su cui, tra gli altri, v. BERNARDI A., *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, in *Ann. Dell'Università di Ferrara*, 1996, p. 82 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale, parte gen.*, VI ed. agg., Cedam, Padova, 2009, p. 923 ss.; MARINUCCI G.–DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 64 ss.

[165] In termini non dissimili, GRASSO G., *Relazione di sintesi*, in ID. (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità Europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 398 ss.; GRASSO G., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. Int. Dir. Uomo*, 1991, p. 617 ss.; MARINUCCI G.–DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 63 ss.

[166] V. l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 7 CEDU. Secondo le spiegazioni redatte dal Praesidium incaricato dell'elaborazione della Carta di Nizza (in GUUE, 14 dicembre 2007, C 303, p. 17 ss.), il principio di legalità sancito all'art. 49 «ha significato e portata identici al diritto garantito dalla CEDU» in quanto «riprende la regola classica della irretroattività delle leggi e delle pene in materia penale», aggiungendovi l'esplicita menzione del principio di retroattività della *lex mitior* – già figurante all'art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966 e previsto negli ordinamenti di diversi Stati membri –, nonché del «principio di proporzionalità dei reati e delle pene sancito dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia». L'art. 6, comma 1, del riformato Trattato sull'Unione europea (TUE) ha disposto la "giuridicizzazione" della Carta di Nizza (prima rientrante nel c.d. *soft law*), prevedendo che la stessa, pur non essendo incorporata nel testo dei Trattati – come originariamente previsto nel progetto di Costituzione europea, mai adottata – abbia «lo stesso valore giuridico» di questi ultimi. In questo senso, v. ZILLER J., *Il nuovo Trattato europeo*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 135

ss.; POLLICINO O.-SCIARABBA V., *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Tratto di Lisbona*, in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 101 ss.

[167] V., al riguardo, BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in PALIERO C.E.–VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, 2013, p. 70: «Alla luce delle considerazioni sopra svolte, deve quindi concludersi nel senso che il principio della legalità postula la democraticità delle scelte penali. Sebbene le due fondamentali norme europee concernenti il principio di legalità penale (vale a dire l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 7 CEDU) nulla dicano al riguardo, è pacifico che in ambito UE tale principio contenga anche il corollario della democraticità. È un dato di fatto che il principio di democraticità delle fonti penali – tendente il più delle volte (ma non sempre) a coincidere col principio di riserva di legge – presenti questa caratteristica e dunque rientri tra i principi dell'Unione. In base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia il diritto primario dell'Unione non contiene solo principi di diritto scritto, ma anche i principi di diritto non scritto ricavati, oltreché dalle convenzioni internazionali ratificate dagli Stati membri, dalle Costituzioni di questi ultimi. Come si sa, questa giurisprudenza pretoria è stata da tempo recepita dai Trattati, cosicché in base all'art. 6.3 TUE, "I diritti fondamentali, […] risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Orbene, precisato che per essere "comuni" tali tradizioni non devono necessariamente appartenere a tutti i Paesi membri, bastando che esse esprimano un orientamento prevalente all'interno dell'Unione, è un dato di fatto che il principio di democraticità delle fonti penali – tendente il più delle volte (ma non sempre) a coincidere col principio di riserva di legge – presenti questa caratteristica e dunque rientri tra i principi dell'Unione». La stessa CGUE ha ricondotto il principio di riserva di legge in ambito penale tra i principi generali del diritto comunitario posti a tutela dei diritti fondamentali dell'uomo sulla base di tre argomentazioni. In primis, il principio in esame è diretta emanazione del principio della certezza del diritto, che a sua volta costituisce principio generale del diritto europeo. V., al riguardo, Corte Giust., 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, p. I-6609 ss., punto 25, secondo cui «il giudice nazionale è tenuto ad applicare il proprio diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato (v., ad esempio, sentenza 14 luglio 1994, causa C-91/92, Faccini Dori, Racc. pag. I-3325, punto 26). Tuttavia, l'obbligo del giudice nazionale di riferirsi al contenuto della direttiva nell'interpretare le pertinenti norme di diritto nazionale incontra i suoi limiti, in particolare nel caso in cui siffatta interpretazione abbia l'effetto di determinare o aggravare, in base alla direttiva ed indipendentemente da una legge adottata per la sua attuazione, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni (v. in particolare sentenza 8 ottobre 1987, causa 80/96, Kolpinghuis Nijmegen, Racc. pag. 3969, punto 13). Per quanto riguarda più in particolare un caso come quello in esame nel procedimento a quo, 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 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. 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». In secondo luogo, si valorizza il fatto che il principio di legalità faccia parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, parimenti ascrivibili ai principi generali del diritto dell'Unione. Al riguardo, cfr. Corte Giust., 17 dicembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, punto 4. Sulla fondamentale incidenza delle tradizioni costituzionali nella giurisprudenza europea, cfr. SILVESTRI G., *La tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo la Carta di Nizza*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Giappichelli, Torino, 2005, p. 605 ss.; COZZOLINO L., *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in FALZEA P.-SPADARO A.-VENTURA L. (a cura di), *La Corte costituzionale e le corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 5 ss.; BINDI E., *Tradizioni costituzionali comuni e valore del Trattato costituzionale europeo*, in STAIANO S. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi*

Per altro verso, a conferma della negazione della potestà penale diretta in capo alle Istituzioni europee, basti pensare che la competenza di tipo penale non può scindersi e frammentarsi secondo molteplici istanze legislative, pena la perdita di coerenza e organicità dell'assetto normativo e l'offuscamento nel cittadino della comprensione del tenore esatto dei precetti, in violazione della finalità rieducativa della pena *ex* art. 27, comma 3, Cost. e, a monte, del principio di colpevolezza di cui al comma 1 della disposizione da ultimo citata[168].

Poiché la Comunità europea è nata come organizzazione sovranazionale a carattere prevalentemente economico, in tutta la normativa dell'Unione europea non si rinviene alcuna disposizione, chiara e precisa, che preveda la competenza

---

fondamentali, Giappichelli, Torino, 2006, p. 533 ss.; PINELLI C., *Le tradizioni costituzionali comuni ai popoli europei fra apprendimenti e virtù trasformative*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2005, p. 11 ss.; ADINOLFI A., *Principi costituzionali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 1994, p. 521 ss.; PIZZORUSSO A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Zanichelli, Bologna, p. 7 ss. e p. 179 ss.; CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 20 ss. e p. 136 s.; BERNARDI A., *Europeizzazione del diritto e delle scienze penali*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 58 ss. In terzo luogo, si evidenzia che il principio di legalità è sancito all'art. 7 CEDU i cui principi e diritti fondamentali costituiscono principi generali dell'Unione. Sul punto, cfr. Corte Giust., 28 ottobre 1975, Rutili, 26/75; Corte Giust., 7 luglio 1976, Watson e Belman, 118/75; Corte Giust., 13 dicembre 1979, Hauer, 44/79; Corte Giust. 29 maggio 1997, Kremzov, C-299/95, punto 14; TCE, 27 settembre 2006, Jungbunzlauer AG, T-43/02, punto 74, secondo cui «in base ad una giurisprudenza costante i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali dei quali il giudice comunitario garantisce l'osservanza. A tal fine la Corte e il Tribunale si ispirano alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattai internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito. La CEDU riveste, a questo proposito, un significato particolare». In dottrina, v. BERNARDI A., *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 51 ss.; BERNARDI A., *"Riserva di legge" e fonti europee in materia penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara* – Scienze giuridiche, vol. XX, 2006, p. 60 ss., 80 ss.; GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 81 ss.

[168] «Il rapporto tra diritto penale e Unione Europea rischia di essere contraddittorio: se lo sviluppo dell'integrazione europea ha fatto affiorare l'esigenza di un coordinamento a livello europeo della politica criminale, tuttavia l'uso dello strumento penale postula una identità culturale comune, rinviando, oltre a un indiscusso fondamento democratico, l'esigenza che la valutazione circa i bisogni di penalizzazione e le relative sanzioni sia compiuta da un organismo rappresentativo in sintonia storica e culturale con il singolo popolo rappresentato. Tutto ciò a tacere delle rilevanti differenze tra i sistemi sanzionatori dei singoli Paesi europei, nonché dei principi e delle modalità esecutive della pena, che importano diversissime conseguenze sul piano pratico, concernenti la concreta afflizione e sofferenza del cittadino attinto dalla pena, pur nella apparente identità delle etichette che definiscono gli istituti. Il tema, pertanto, in ragione della sua cruciale rilevanza in ordine alla tenuta effettiva dei diritti fondamentali della persona, va risolto alla luce delle scelte politiche strategiche degli Stati membri, così come si sono cristallizzate nelle norme convenzionali, secondo una interpretazione stretta, che eviti il più possibile espansioni per via interpretativa, arrotondamenti e accrescimenti alla luce dei sempre più voraci bisogni di tutela che si manifestano nelle istituzioni europee».

dell'Unione di emanare norme incriminatrici con efficacia diretta negli ordinamenti interni degli Stati membri[169]. Tuttavia, nonostante l'assenza di una base normativa, una parte della dottrina, spinta dalla esigenza di fornire una tutela anche di tipo penale agli interessi europei di nuova emersione, richiamando la teoria dei c.d. poteri impliciti[170], ha riconosciuto la potestà penale

[169] Peraltro, ciò è stato pacificamente riconosciuto dalla stessa giurisprudenza UE, secondo cui la legislazione penale non rientra fra le competenze delle istituzioni europee. Per tutte v. Corte Giust. CE, 13 settembre 2005, n. 176, in *Riv. Dir. Internaz. Prov. Prov*., 2005, p. 1147 ss.; Id., 19 gennaio 1999, n. 348, in *Foro amm*., 2000, p. 2543 ss.; Id., 16 giugno 1998, n. 226, in *Corriere giur*., 1998, fasc. 8, p. 964 ss.; Id., 20 marzo 1997, n. 13, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunitario*, 1998, p. 491 ss.; Id., 11 novembre 1981, in *Foro it*., 1982, IV, p. 73 ss. Secondo Storelli, *Diritto penale comunitario. Profili sostanziali, processuali, collaborazione investigativa e giudiziaria*, Itaedizioni, Torino, 2006, p. 49, «nessun organo dell'U.E. possiede una legittimazione ad emanare norme incriminatrici, sia perché i Trattati istitutivi non hanno mai attribuito siffatti poteri agli organi comunitari, sia perché lo stesso Trattato UE (come recentemente riformato dal Trattato di Amsterdam) non consente di fondare una competenza penale della comunità: mancano, quindi, referenti normativi cui agganciare la legittimazione degli organi dell'Unione europea e di quelli della Comunità ad emanare norme incriminatrici, destinate a trovare applicazione innanzi alle autorità giurisdizionali europee o a quelle dei singoli Stati nazionali. In tali termini si è pronunciata la stessa Corte di Giustizia ad avviso della quale "una direttiva comunitaria non può avere l'effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua trasposizione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni" (CGCE, 11/06/1987, n. 14/86)». In dottrina, v. PEDRAZZI C., *L'influenza della produzione giuridica della CEE nel diritto penale*, in AA.VV., *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989; RIZ R., *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984; SGUBBI F., *Diritto penale comunitario*, in Dig. Pen., IV, 1990, p. 89; RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea,* Padova, 1996; K. TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec*., 1994; DOLCINI-MARINUCCI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 63 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 123 ss.; ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, art. 1-84, sub. Art. 1, Milano, 1987.

[170] Si tratta di una teoria di derivazione giurisprudenziale per cui l'Unione può considerarsi competente all'adozione di determinate misure, pur in mancanza di una espressa attribuzione di competenza, quando l'adozione di tale misure risulti necessaria per l'esercizio di un potere espressamente attribuito all'Unione: la competenza dell'Unione può pertanto desumersi anche in via implicita da altre disposizioni dei trattati e dagli atti adottati dalle istituzioni. Per potere implicito si intende il potere non esplicitamente attribuito dalla legge e, tuttavia, funzionale al perseguimento del fine pubblico che la fonte primaria indica quale scopo da perseguire nell'esercizio di poteri espressamente conferiti. Si tratta, quindi, di un potere che "accompagna" poteri espressamente conferiti, esercitato con l'obiettivo di realizzare più adeguatamente lo scopo che la stessa legge prescrive all'organo di perseguire nell'esercizio dei poteri assegnati. La tesi degli implied powers fu patrocinata in Italia da M. BOSCARELLI, *Rèflexion sur l'influence du droit communautaire su le droit pènal des Etats membres*, in *Droit communautaire et droit pènal*, Milano, 1981, p. 85 ss., il quale richiamava principalmente, come base giuridica della competenza penale CE, l'art. 172 TCE. Nel panorama nazionale, la teoria dei poteri impliciti e della competenza penale diretta della CE è sostenuta con forza da S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 124 ss.; S. RIONDATO, *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia (influenza, poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 TCE, questioni di costituzionalità)*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1997, p. 1136 ss., il quale, oltre all'art. 172 TCE, richiama l'art. 308 TCE. *Contra*, S. MANACORDA, *Alle soglie di un diritto penale dell'Unione europea? Problemi e prospettive di una competenza penalistica "diretta" nel progetto di Costituzione*, relazione al Congresso Internazionale di Cultura e Sistemi

diretta europea, nei limiti in cui questa sia necessaria e/o indispensabile per raggiungere gli obiettivi comunitari[171]. In altri termini si è sostenuto che «dato un potere esistente», è possibile conferire agli organi europei «ulteriori poteri», financo di natura penale, a condizione che siano «strutturalmente necessari per raggiungere lo scopo prefissato»[172].

Si è inoltre fatto riferimento a talune "clausole generali", quali gli artt. 172[173] e 308[174] TCEE e l'art. 280 TCE[175], per poter concludere nel senso che sia possibile

---

Giuridici comparati, svoltosi a Città del Messico, 9-14 febbraio 2004, p. 2 ss. Pongono l'accento sul contrasto tra teoria dei poteri impliciti e il principio di sussidiarietà: G. STROZZI, *Diritto istituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 84 ss.; B. Conforti, *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 1997, p. 105 s.; M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2003, 141 ss.

[171] Vale a dire la tutela di quei beni che appartenevano al settore del c.d. primo pilastro, nella struttura dei Trattati prima della riforma di Lisbona. Si è così anticipato di molti anni le sentenze della CGUE 13 settembre 2005 e 23 ottobre 2007.

[172] G. Salcuni, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 111, il quale prosegue sostenendo che «però, a nostro avviso, si risolverebbe automaticamente in un vulnus al principio di legalità penale. in un certo senso, molto approssimato, la teoria dei poteri impliciti evoca la distinzione, peraltro non agevole, tra interpretazione analogica ed estensiva. La prima, assimilabile agli implied powers, non consentita, la seconda invece ammessa. Sicché, con tutte le incertezze del caso, può ritenersi che qui, come lì, a contare sia il tenore letterale della disposizione: laddove l'interpretazione – che secondo alcuni si risolve pur sempre in una integrazione - rientri tuttavia nell'area semantica delle parole, sebbene modificate alla luce del contesto e dell'uso che se ne faccia, essa sarà consentita e si sarà in presenza di un potere implicito. Diversamente laddove sia esclusivamente l'interprete a creare una nuova disposizione, si entrerà nei lidi dell'analogia vietata perché in contrasto con il carattere della stretta legalità. Una applicazione prudente della teoria dei poteri impliciti dovrebbe pertanto condurre la CGUE a ritenere ricomprese nella potestà della UE tutte quelle sanzioni, pecuniarie, interdittive, sui generis, che non implichino però ancora la privazione della libertà personale dell'individuo».

[173] Recita l'art. 172 TCEE (a seguito del Trattato di Amsterdam art. 229 TCE e, post Lisbona, art. 261 TFUE): «I regolamenti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio e dal Consiglio in virtù delle disposizioni del presente trattato possono attribuire alla Corte di giustizia una competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei regolamenti stessi». Secondo l'impostazione in esame, tale disposizione non avrebbe il compito di conferire alla CGCE solo una competenza giurisdizionale di merito, ma anche quella di far sì che il Consiglio, in seguito a questa potestà giurisdizionale della CGCE, possa, nell'alveo del suo potere sanzionatorio, prevedere anche sanzioni penali. In senso contrario, v. per tutti G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale. Obblighi di tutela penale, meritevolezza e bisogno di pena*, Foggia, 2005, p. 151 ss.

[174] Recita l'art. 308 TCE (oggi: art. 352 TFUE): «quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso». I poteri riconosciuti dalla norma in questione sono subordinati all'esistenza di due condizioni indispensabili: l'azione deve essere necessaria per raggiungere uno degli scopi della Comunità; l'azione deve servire al funzionamento del mercato comune. La Corte di Giustizia nella sua giurisprudenza, scavalcando il dettato dell'art. 308, nonché la complessa procedura da questo presentata, ha portato al riconoscimento alle istituzioni della Comunità di poteri non espressamente conferiti, ma indispensabili per esercitare in modo efficace ed appropriato le competenze loro attribuite.

riconoscere in capo all'Unione europea lo *ius puniendi*. In particolare, si è sostenuto che l'espressione «sanzioni» di cui all'art. 172 TCEE (poi art. 229 TCE e, infine, art. 261 TFUE) potesse riferirsi anche alle misure di tipo penale[176]. Ancora, altra impostazione ravvisava il fondamento della competenza penale europea nell'art. 280 TCE (riformulato e innovato nell'art. 325 TFUE)[177] in forza del quale la Comunità (oggi: l'Unione), parificata espressamente agli Stati

---

Infatti, nella prassi tutte le volte che il Consiglio ha raggiunto l'unanimità, sono stati adottati atti che non avevano alcun collegamento con gli scopi della Comunità od il funzionamento del mercato, nonostante l'espressa menzione dell'articolo 308. Tant'è che, proprio attraverso l'applicazione del suddetto articolo, è stata legittimata l'azione comunitaria in settori quali la politica regionale, la politica ambientale, la politica industriale ed energetica e finanche la politica economica e monetaria, prima ancora che questa rientrasse nei compiti della Comunità previsti dall'articolo 2 del Trattato CE. È possibile quindi, per le istituzioni comunitarie, intervenire in settori non menzionati dal Trattato, oppure adottare, in un settore di competenza comunitaria, atti diversi da quelli previsti (es. regolamenti al posto di direttive). Ciò che è precluso alle istituzioni è di derogare alle disposizioni del trattato: infatti, l'articolo 308 si riferisce ad azioni e non fa accenno alcuno, com'è ovvio, alla possibilità di modificare la struttura istituzionale della Comunità, così come delineata dal trattato. Altra possibile limitazione è rappresentata dal richiamo al principio di sussidiarietà da parte degli Stati membri. La Corte ha così avallato l'atteggiamento del Consiglio nell'uso di poteri impliciti quando nel 1973 (nella sentenza Massey/Ferguson) ha enunciato esplicitamente il principio per cui le istituzioni comunitarie hanno il diritto di emanare atti in tutti quei settori nei quali il trattato attribuisce loro una competenza legittimando in tal modo l'istituzione da parte del Consiglio di vari Comitati di gestione e regolamentazione e il suo intervento in materia di pesca e ambiente.

[175] Sulla tesi che fonda la competenza penale europea sull'art. 280 TCE **(**previgente art. 209 A TCEE), v. G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 156 ss., che descrive anche la tesi minoritaria in dottrina la quale ravvisava nell'art. 100 A TUE la base giuridica della potestà penale comunitaria dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam. In senso contrario, v. F. STORELLI, *Diritto penale comunitario. Profili sostanziali, processuali, collaborazione investigativa e giudiziaria*, Itaedizioni, Torino, 2006, p. 50, secondo cui «si deve però osservare che le insidie di carattere interpretativo, profilatesi proprio in coincidenza con l'entrata in vigore di tale disposizione legislativa, sono state fugate in partenza dall'espressa precisazione contenuta nella medesima norma, secondo cui "tali misure non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli tati membri". D'altra parte, se è vero che la formulazione testuale del citato art. 280, nella parte in cui fa riferimento alle "misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro le frodi e le attività illegali che ledono gli interessi finanziari della comunità", sembra autorizzare un'opzione interpretativa di segno estensivo volta a ricondurre anche le sanzioni penali nell'ambito oggettuale della potestà punitiva degli organi comunitari, non è men vero, d'altra parte, che si è al cospetto di un'espressione normativa troppo generica per poter esprimere in modo certo ed inequivoco il ripudio ed il superamento della tradizionale contrarietà degli Stati membri ad ogni forma di abdicazione alla propria potestà punitiva penale in favore degli organi comunitari». In questo senso, v. anche T.E. EPIDENDIO*, Diritto comunitario e diritto penale interno*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 24.

[176] Contra, T. E. EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 24, secondo cui «nulla consente di ritenere che dette sanzioni possano o debbano avere carattere penale, risultando invece inserite in un contesto ove ne risulta chiara la valenza amministrativa, anche perché talvolta dirette contro Stati».

[177] PICOTTI, *Potestà penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile "base giuridica" del Corpus Juris. In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE,* 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, Giuffré, 2000, p. 357 ss.

membri nella lotta contro le frodi al bilancio europeo, adotta misure «dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri», nel cui alveo – secondo la tesi in commento – rientrerebbero anche le sanzioni penali[178].

Le obiezioni principali alle tesi in commento muovono dal principio di legalità, dal principio di attribuzione delle competenze comunitarie e dalla constatazione che la materia penale incide su beni fondamentali, quali la libertà personale e la dignità umana, che necessitano di una tutela adeguata. Per tali motivi, si è esclusa l'idoneità delle disposizioni in parola a fondare una potestà

[178] Pur non menzionando espressamente le sanzioni penali, la dottrina ha ritenuto che queste rientrino nel concetto di misure dissuasive, anche perché l'art. 280, co. 2, TCE prevede(va) che «Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari». Peraltro, il co. 4 della disposizione in esame precisa che «Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251, previa consultazione della Corte dei Conti, adotta le misure necessarie nei settori della Prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri. Tali misure non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri». Il teso della disposizione in esame presentava un solo ostacolo a simili interpretazioni, ovvero il co. 4 della stessa disposizione. Questa clausola di salvezza, ora abrogata dall'art. 325 TFUE, recitava: «Tali misure non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia degli Stati membri». I fautori della competenza penale dell'Unione interpretavano, però, in senso riduttivo tale comma, sostenendo che l'intervento penale dovesse interessare solo i beni europei in senso stretto. Questo argomentare è contestato da G. BACIGALUPO, La tutela degli intessi finanziari della Comunità: progressi e lacune, 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, Giuffré, 2000, p. 25 s.; S. MANACORDA, *Alle soglie di un diritto penale dell'Unione europea? Problemi e prospettive di una competenza penalistica "diretta" nel progetto di Costituzione*, intervento al Congresso internacional de Culturas y Sistemas Juridicos Comparados, Città del Messico, Febbraio, 2004, p. 4, che evidenzia come l'interpretazione teleologica, ammissibile per una legge nazionale o per una Costituzione, non sarebbe applicabile ad un Trattato. I tradizionali criteri ermeneutici, tra cui quello teleologico, possono essere richiamati «solo nell'ambito istituzionale della divisione dei poteri, nel quale l'organo che interpreta la legge è diverso da quello che la ha emanata. Nel caso di un trattato, invece, che, in ultima istanza, viene interpretato dagli stessi Stati che lo hanno sottoscritto, non esiste una vera e propria interpretazione, bensì una spiegazione, da parte degli Stati, della volontà da essi espressa. Di conseguenza, in tale caso non si è solo di fronte alla questione dell'interpretazione del testo del trattato, bensì al problema della volontà politica. Pertanto, nonostante il testo sia chiaro, non è possibile escludere alcune riserve rispetto alla possibilità che l'art. 280 TCE (ora art. 325 TFUE) autorizzi l'imposizione di sanzioni penali». Afferma L. Picotti, Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 18, che «Certamente, un punto fermo alla luce dell'evoluzione sopra richiamata, è che oggi non può più dubitarsi che le "misure" menzionate dall'art. 325 TFUE comprendano anche quelle penali, essendo stato espressamente abrogato, dal Trattato di Lisbona, l'ultimo periodo del par. 4 dell'originario art. 280 TCE, che sembrava escluderle, mentre per il resto la norma è stata trasfusa con poche modifiche nella nuova. ». In dottrina, cfr. V. DELMAS MARTY, *Il sorgere di un diritto penale dell'Unione europea*, in S. MOCCIA (a cura di), Diritto dell'uomo e sistema penale, 1998, p. 520; G. MASTROGIULIO, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'UE dopo il Trattato di Lisbona: luci e ombre*, in Ind. Pen., 2010, p. 227 ss. e spec. p. 242.

diretta dell'Unione, atteso il generico riferimento alle «sanzioni» e alle misure «dissuasive», tale da non poter esprimere in modo certo ed inequivoco il ripudio e il superamento della tradizionale contrarietà degli Stati ad ogni forma di abdicazione alla propria potestà punitiva penale in favore degli organi comunitari[179]: «Che un passo verso il diritto penale europeo possa realizzarsi su un presupposto così vago appare dunque improbabile»[180]. L'omessa menzione esplicita della possibilità per gli organi comunitari di irrogare «sanzioni penali» induce, pertanto, a ritenere che con le disposizioni in esame si sia inteso semplicemente confermare la titolarità in capo agli organi comunitari della sola potestà sanzionatoria amministrativa.

Alle stesse conclusioni può addivernirsi anche con riferimento all'art. 352 TFUE (*ex* art. 308 TCE): invero, sebbene la disposizione in esame e la teoria degli *implied powers* ben si prestano ad estendere competenze già esistenti a settori affini, ciononostante non sembra che questi possano consentire di innovare profondamente sino al punto di scardinare i limiti di competenza che gli Stati membri hanno volontariamente introdotto[181]. Inoltre, al pari di quanto detto con

[179] Sulle difficoltà del diritto penale europeo legate alla mancanza di volontà statale, v. A. PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, in *Riv. Trim. dir. Pen. ec.*, 1993, p. 203 ss.; K. TIEDEMANN, *Europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, p. 3 ss.; A. REPOSO, *Sul presente assetto istituzionale dell'Unione europea*, in Quad. cost., 2002, p. 101 ss.

[180] G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 111. Analoghe considerazioni devono svolgersi anche con riferimento all'art. 95 TCE (oggi, art. 114 TFUE) e agli artt. 189 e 196 TFUE: la loro formulazione sarebbe troppo generica per consentire di affermare senza dubbio che l'Unione possa avocare a sé lo ius puniendi spettante agli Stati membri. *Contra*, ZUCCALÀ, *L'unitario diritto penale europeo come meta del diritto penale comparato*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2002, p. 610 s. La stessa formulazione letterale dell'art. 114 TFUE richiama i principi affermatisi in tema di armonizzazione. Basti pensare che il par. 1 prevede l'adozione di «misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno ad oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno». Ciò impone l'emanazione di un atto comunitario a cui, in seguito, i singoli Stati dovranno uniformarsi per conseguire un ravvicinamento delle legislazioni europee. Diverso discorso se vi fosse inserita la locuzione «unificazione delle legislazioni europee» poiché in tale caso, sarebbe stata esclusa ogni possibilità di intervento da parte dello Stato e, dunque, anche le deroghe *ex* par. 4 ss. alle misure di armonizzazione. L'unificazione può infatti avvenire solo con un atto sovrano, imposto dall'alto e su cui non è ammissibile alcuna deroga. Sull'art. 114 TFUE BACIGALUPO G., La tutela degli intessi finanziari della Comunità: progressi e lacune, 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, Giuffré, 2000, p. 25 s.

[181] MANACORDA S., *Alle soglie di un diritto penale dell'Unione europea? Problemi e prospettive di una competenza penalistica "diretta" nel progetto di Costituzione*, intervento al Congresso internacional de Culturas y Sistemas Juridicos Comparados, Città del Messico, Febbraio, 2004; S. RIONDATO, *Diritto dell'Unione europea e criminalità organizzata*, in G. FORNASARI (a cura di), *Le strategie di*

riguardo alle disposizioni di cui sopra, la sua formulazione è troppo generica per consentire di affermare senza dubbio che l'Unione possa avocare a sé lo *ius puniendi* spettante agli Stati. Del resto, non può sottacersi il possibile contrasto tra la teoria dei poteri impliciti ed il principio di sussidiarietà (art. 5 TUE), che risulterebbe compromesso qualora le competenze statali venissero accentrate tutte in ambito europeo in quanto funzionali al raggiungimento di obiettivi propri dell'Unione.

3. Il sistema sanzionatorio amministrativo di origine europea. La tutela diretta dei beni giuridici europei

I trattati europei contengono talune norme che espressamente sanciscono una competenza comunitaria in ambito punitivo e contengono altresì ulteriori norme che sembrano implicitamente ammettere la possibilità per le istituzioni comunitarie di adottare atti corredati di misure sovrastatuali nei diversi settori di competenza comunitaria, laddove tali provvedimenti si rivelino utili o necessari al raggiungimento degli obiettivi prefissati con gli atti in questione[182].

La risposta penale non è evidentemente l'unica possibile, né tantomeno la sola perseguita dall'ordinamento comunitario che, di contro, proprio in relazione ad una tale crescente domanda di tutela, ha registrato una progressiva espansione ed un sensibile approfondimento e potenziamento del proprio sistema sanzionatorio (di natura non penale). Dunque, accanto alla tutela penalistica, di matrice (necessariamente) nazionale, si registrano così anche

---

contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato, Cedam, Padova, 2002, p. 24, il quale segnala come queste norme dovrebbero sanzionare anche eventuali abusi che la stessa polizia potrebbe commettere.

[182] G. GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'unione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. Ec.*, 1995, p. 1171 s.; S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, 1996, ebook, p. 53 ss.; TIEDEMANN K., *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 220 ss.

sanzioni di tipo amministrativo, previste direttamente dalle disposizioni comunitarie, che costituiscono un esteso e variegato corpo di sanzioni, cui indubbiamente deve riconoscersi una spiccata finalità retributiva; mediante tali sanzioni il legislatore comunitario provvede direttamente alla tutela dei propri autonomi interessi, esercitando così il potere sanzionatorio extrapenalistico espressamente riconosciuto dall'art. 229 TUE, naturalmente nella versione del 1999[183].

In virtù di questa duplice base giuridica, sono state varate due differenti categorie di regolamenti comunitari[184]: la prima prevede le c.d. sanzioni amministrative CE a carattere accentrato (o indipendente), costituite da ammende e indennità di mora[185] irrogate e direttamente applicate dalle istituzioni comunitarie[186]; la seconda prevede le c.d. sanzioni amministrative CE a carattere decentrato (o dipendente[187]), irrogate dalle istituzioni comunitarie ma applicate dalle autorità amministrative degli Stati membri[188]. Queste ultime

[183] Per una puntuale analisi di tale argomento e della giurisprudenza europea in materia, v. A.M. MAUGERI, *Principi fondamentali del diritto penale e sanzioni comunitarie: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in GRASSO G.-SICURELLA R., *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 83 ss. Per un'ampia disanima del sistema sanzionatorio comunitario, v. SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 299.

[184] BERNARDI A., *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale, in AA.VV., L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 245 ss.; MAUGERI A.M., *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in 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 strutturali*. Atti del Seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo in collaborazione con la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Catania, Catania, 18-19 giugno 1998, Giuffrè, Milano, 2000, p. 170 ss.

[185] Tali sanzioni sono previste, in particolare, nei Regolamenti CEE nn. 11/60, 17/62, 1017/68, 4056/86, 4064/89, basate sull'art. 83 TCE.

[186] Si tratta, dunque, di sanzioni di tipo patrimoniale.

[187] Tali misure sono state riconosciute dalla Corte di Giustizia della Comunità europea a partire dalla famosa sentenza RFA c. Commissione (CGCE 27 ottobre 1992, causa 290/90, in Racc.1992, p. 5383 ss.) quale espressione di un generale potere (normativo) di sanzione dell'ente sovranazionale legittimato ad introdurre, attraverso atti direttamente applicabili, sanzioni amministrative punitive; competenza questa ulteriormente formalizzata e sistematizzata con l'adozione del Regolamento 2988 del 1995 (GUCE L. 312, 23 dicembre 1995, p. 1 ss.).

[188] BERNARDI A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 33 s., afferma che «questo articolato sistema di sanzioni, lungi dal costituire un fenomeno "chiuso in sé stesso", è destinato da avere significativi riflessi sugli ordinamenti punitivi nazionali. Certamente, tali riflessi dovrebbero manifestarsi innanzitutto sulle discipline nazionali in tema di sanzioni amministrative, specie laddove i Paesi membri versino in una situazione simile a quella che caratterizzava l'Italia prima della promulgazione della legge n. 689 del 1981, e dunque non prevedevano ancora una puntuale, generale regolamentazione dell'illecito

costituiscono, volta a volta, in forme di esclusione o diminuzione degli aiuti e benefici CE ovvero in obblighi di restituzione delle erogazioni comunitarie concesse, previa maggiorazione del loro importo monetario in funzione afflittivo-punitiva[189].

Ora, è evidente che le sanzioni CE appartenenti alla prima categoria, proprio in quanto applicate dagli organi comunitari, non consentono nessun margine nazionale di adattamento in sede di commisurazione, dando così vita ad una unificazione punitiva su scala europea, sia pur limitata ad assai circoscritti settori normativi[190]. Per contro, le sanzioni CE rientranti nella seconda categoria comportano un'operazione di mera armonizzazione punitiva interstatuale, venendo applicate in base da una disciplina uniformizzata solo nei suoi profili essenziali[191], che lascia per il resto in vigore le singole discipline nazionali in tema di sanzioni amministrative e in particolare le relative prassi commisurative

---

amministrativo. In questo caso, infatti, la disciplina elaborata al riguardo a livello comunitario potrebbe costituire un interessante modello di riferimento, cui improntare almeno in linea tendenziale i rispettivi sistemi nazionali. […] Tuttavia l'influenza esercitata dal sistema punitivo comunitario, lungi dal manifestarsi solo sui sistemi amministrativi dei Paesi dell'Unione, potrebbe estendersi anche ai relativi sistemi penali, stante che un significativo utilizzo di sanzioni amministrative CE potrebbe giustificare, quantomeno nei relativi settori normativi, un ulteriore processo di depenalizzazione all'interno dei singoli Paesi membri. Senza contare che, dati gli indiscussi punti di convergenza riscontrabili in molti Stati europei tra la disciplina dell'illecito penale e quella dell'illecito amministrativo, le soluzioni accolte rispetto a quest'ultimo a livello comunitario potrebbero non risultare scevre d'interesse per i sistemi penali nazionali, specie nella prospettiva di un loro reciproco ravvicinamento».

[189] Si pensi, ad esempio, alla perdita totale di taluni premi speciali dovuti ai produttori di carne bovina (art. 9 Reg. n. 714/1989), all'esclusione dai benefici dovuti per l'anno successivo (art. 8 Reg. n. 1738/1989), alla diminuzione dell'aiuto concesso (art. 5 Reg. n. 915/1989), all'obbligo di restituire la somma dovuta maggiorata di una percentuale predeterminata (art. 13 Reg. n. 3813/1989 s.m.i.). In merito a tali sanzioni cfr., *amplius*, G. GRASSO, *Nuove prospettive in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 1994, p. 865 ss.; 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 strutturali*. Atti del Seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo in collaborazione con la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Catania, Catania, 18-19 giugno 1998, Giuffrè, Milano, 2000, p. 170 ss.; A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Cedam, Padova, 1998, p. 97 ss.; 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 GRASSO G. (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione: l'esempio dei fondi strutturali*. Atti del Seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo in collaborazione con la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Catania, Catania, 18-19 giugno 1998, Giuffrè, Milano, 2000, p. 104 ss.; G. SALCUNI, *La nozione comunitaria di pena: preludio ad una teoria comunitaria del reato?*, in *Riv. trim. dir. pen. Ec.*, 2002, p. 231 ss.

[190] In origine le ammende e penalità di mora venivano irrogate dalla Commissione in materia in caso di accordi anticoncorrenziali o di abuso di posizione dominante.

[191] Vi sarebbero, dunque, evidenti vantaggi offerti da una disciplina sanzionatoria almeno tendenzialmente uniforme su scala continentale.

fatte proprie dalle autorità di ciascun Paese. In ogni caso, tale opera di armonizzazione risulta anch'essa circoscritta, in quanto le suddette sanzioni sono state sinora utilizzate solo in un limitato numero di settori normativi comunitari e, in particolare, in quelli dell'agricoltura e della pesca.

Ad ogni modo, le sanzioni che maggiormente presentano profili problematici sono quelle accentrate o indipendenti, chiamate anche sanzioni *sui generis* in quanto solo raramente hanno contenuto patrimoniale, rispondendo perlopiù ad una *ratio* di tipo afflittivo, punitivo, e non riparatorio. È evidente, allora, che il confine tra diritto penale e amministrativo diventa flebile, tale da destare perplessità qualora si adottasse la tesi secondo cui l'art. 25 Cost., non parlando espressamente di sanzioni penali, si riferisca anche a sanzioni amministrative. V'è dunque il rischio della c.d. truffa delle etichette, intendendosi con tale espressione il pericolo che si contrabbandino sanzioni penali per amministrative. Si tratta peraltro di una questione affrontata soprattutto dalla Corte EDU che, come si vedrà *funditus* nel successivo capitolo, ha elaborato la teoria autonomistica del reato e delle pene.

In ragione delle criticità sopra esposte, la Corte di Giustizia della Comunità europea nel 1992[192], chiamata a pronunciarsi su un ricorso del Governo tedesco che, tra l'altro, deduceva la natura penale delle sanzioni in questioni, intervenne a giudicare sulla legittimità delle sanzioni amministrative *sui generis*. I giudici europei hanno ritenuto le stesse una legittima espressione della potestà sanzionatoria dell'allora Comunità (oggi Unione), nonostante la loro natura afflittiva e la "lontananza" da una logica di tipo patrimoniale[193]. La Corte ha dunque riconosciuto la perfetta compatibilità di questa categoria con i limiti di competenza UE tracciati dai trattati istitutivi, ritenendo che la loro introduzione sia consentita alle istituzioni comunitarie anche nei casi non esplicitamente previsti nei trattati istitutivi, a condizione che la loro introduzione fosse necessaria per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti.

Il riconoscimento della legittimità delle sanzioni *de quibus* non risolveva però tutti i problemi connessi alla loro attuazione, in particolare il fatto che la loro

[192] Corte Giust. CE, 27 ottobre 1992, C-240/90, in http://curia.europa.eu.
[193] La Corte tuttavia non giunge ad affermare esplicitamente che si tratti di sanzioni punitive.

applicazione fosse demandata alle autorità competenti dei singoli Stati membri e che la stessa fosse regolata dalle discipline nazionali che, potendo essere anche molto divergenti, non assicuravano certo l'uniformità. Tali problemi furono in gran parte risolti attraverso l'adozione da parte del Consiglio del regolamento n. 2988/1995, contenente una disciplina generale, sebbene non esaustiva, delle sanzioni previste dalla normativa comunitaria a tutela degli interessi finanziari della Comunità europea. Il regolamento del 18 dicembre 1995, nel tentativo di stabilizzare gli esiti giurisprudenziali anche in una prospettiva di armonizzazione, ha tratteggiato un vero e proprio sistema sanzionatorio sovranazionale, autorizzando a tal fine l'adozione di talune tipologie di sanzioni nei casi in cui ciò fosse necessario al fine di garantire la corretta applicazione della normativa comunitaria. Ad ogni modo, l'aspetto forse più interessante consiste nella individuazione ad opera del regolamento di una serie di principi e criteri che devono governare la materia, quali ad esempio il principio di colpevolezza e quello di legalità, entrambi concetti di chiara derivazione penalistica.

Un «distillato» dei principali ordinamenti giuridici: questo sarebbe, secondo la felice espressione di Tiedemann[194], il sistema sanzionatorio comunitario. In effetti, i criteri regolatori della responsabilità amministrativa (o quasi – penale) derivante dal sistema comunitario, nonché le regole attinenti alla forma dei relativi illeciti, rispecchiano le esigenze di garanzia che ispirano non solo i sistemi penali nazionali, ma anche quelli penal-amministrativi che si riscontrano ormai in buona parte dei diritti degli Stati membri.

In questo quadro il principio di proporzionalità e quello che sancisce il divieto del *bis in idem* sostanziale rivestono particolare importanza. Il primo principio rispecchia in un certo senso quella economia tra beni che costituisce la base politica e razionale del principio di necessaria offensività nel diritto penale: anche nel sistema punitivo deve darsi un peculiare rapporto di proporzionalità tra il contenuto lesivo dell'illecito amministrativo e la reazione sanzionatoria,

[194] TIEDEMANN K., *Europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., 1998, p. 3 ss. Si ritiene che la varietà tipologica e dei contenuti di tali sanzioni sembrano garantire loro una notevole efficacia generalpreventiva e specialpreventiva.

onde evitare che a fronte di alterazioni lievi, minimali dei livelli di benessere di determinati beni corrispondano misure troppo incisive e, quindi, non equilibrate[195].

Ad una esigenza diversa, legata al carattere di materia "limitrofa" con il diritto penale nazionale, si collega il divieto del *bis in idem* (*double jeopardy*) che si riscontra anche nella disciplina generale contenuta nel reg. 2988 del 1995[196]. Ciò ha una particolare importanza, soprattutto se si considera che in alcuni casi si verifica una vera e propria sovrapposizione tra la sanzione amministrativa e quella penale nazionale, come nel caso del diritto penale italiano, con riguardo alle pene accessorie, molte delle quali hanno un contenuto interdittivo analogo a quello delle corrispondenti sanzioni comunitarie (v. ad esempio la disposizione dell'art. 32 *quater* c.p.).

4. I c.d. effetti riflessi del diritto europeo sul diritto penale interno. L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione.

Sebbene, alla luce delle considerazioni svolte, si debba escludere che l'Unione sia titolare dello *ius puniendi*, non può negarsi che le istituzioni europee siano comunque riuscite ad esprimere, mediante una serie di strategie di intervento, una vera e propria politica criminale europea[197]. Anzi, si può addirittura

[195] Sul punto, con sentenza Sez. I, 28 settembre 2006, n. 150/05, in Foro it., 2007, IV, p. 25 ss., la Corte di Giustizia ha stabilito che "il principio del ne bis in idem, sancito dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, deve essere interpretato nel senso che i fatti punibili consistenti nell'esportazione e nell'importazione degli stessi stupefacenti e perseguiti in diversi Stati contraenti di tale Convenzione devono in via di principio essere considerati come "i medesimi fatti", sebbene la valutazione definitiva in proposito spetti ai giudici nazionali competenti".

[196] Sul punto v. MAUGERI A.M., *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in 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 strutturali*. Atti del Seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo in collaborazione con la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Catania, Catania, 18-19 giugno 1998, Giuffrè, Milano, 2000, p. 170 ss.; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 498 ss.

[197] Di ciò prendono atto GRASSO G., *Diritto penale e integrazione europea*, in GRASSO G.-SICURELLA R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 7 ss.; GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale: i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 255 ss.; MAZZINI G., *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto*

sostenere che le più importanti riforme italiane in materia penale degli ultimi anni derivino da opzioni politico-criminali di matrice europea[198].

La partita, infatti, consiste nella ricerca della compatibilità[199] tra gli strumenti posti a garanzia del funzionamento del principio di legalità e del principio di prevalenza del diritto europeo[200]. Ed allora, «tra l'incudine di fronteggiare forme sempre più aggressive ed organizzate di criminalità transnazionale e il martello dell'incompetenza penale, il diritto dell'Unione si vede costretto a percorrere altre strade per esprimere le sue istanze politico criminali»[201].

Tra queste vanno senz'altro annoverati i c.d. effetti riflessi che il diritto dell'Unione produce nell'ordinamento giuridico interno, in particolare nella materia penale. Con tale espressione si intende fare riferimento alle interferenze sui sistemi penali che, malgrado non costituiscano il diretto obiettivo delle fonti sovranazionali, si producono in conseguenza della generale operatività dei principi che regolano il rapporto tra ordinamento europeo e singoli ordinamenti nazionali[202]. Si tratta, è bene precisare, di effetti che si producono in via

---

penale interno ed effetti nei confronti del reo, in STROZZI G., *Diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 351 ss.; SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema giuridico integrato di tutela dei beni giuridici soprannazionali e beni giuridici di interesse comune*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 65, nota 88.

[198] Per fare qualche esempio, si pensi alle riforme in materia di riciclaggio, tratta degli esseri umani, sicurezza sul lavoro, abusi di mercato, responsabilità da reato degli enti.

[199] Sulla ricerca dei criteri attraverso cui ordinare le varie interferenze che si possono presentare in materia penale tra diritto comunitario e diritto nazionale, v. Sotis, SOTIS C., *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007.

[200] Il primato del diritto europeo viene affermato in una Dichiarazione, allegata al n. 17 del Trattato, in cui la Conferenza «ricorda che per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia dell'Unione europea, i Trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei Trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri, alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza». Inoltre, all'Atto finale è stato allegato il parere del servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007 ove è detto sia che la preminenza del diritto comunitario è, secondo la Corte di Giustizia, un principio fondamentale del diritto comunitario, siccome «insito nella natura specifica della Comunità europea", sia che la mancata inclusione nel Trattato del principio di preminenza "non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di Giustizia».

[201] Afferma C. SOTIS, *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, in PALIERO C.E.–VIGANÒ F., *Europa e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 35 che, altrimenti opinando, si giungerebbe alla «inaccettabile asimmetria di una criminalità che può liberamente attraversare le frontiere a fronte di una giustizia penale costretta a dovere fare conti con frontiere per lei molto più difficilmente valicabili».

[202] GRASSO G., C*omunità europee e diritto penale: i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 255 s.; MAZZAINI G., *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, p. 351; VAGLIASINDI G.M., *Diritto penale ambientale e diretta efficacia delle direttive comunitarie*, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 275 ss. SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un*

immediata nei sistemi interni e che si realizzano senza alcun intervento dei legislatori nazionali in ragione della «normale penetrazione» delle disposizioni comunitarie negli ordinamenti dei singoli Stati membri[203].

In particolare, l'influenza del diritto europeo sul diritto penale interno si esplica attraverso tre strumenti: *in primis,* il ricorso del giudice nazionale all'interpretazione conforme al diritto dell'Unione; in secondo luogo, la disapplicazione della norma penale in contrasto con il diritto europeo; infine, il giudizio di legittimità costituzionale della norma che collide con una norma europea, che diviene così parametro di legittimità costituzionale interposto.

Ma veniamo per gradi ed esaminiamo innanzitutto l'obbligo di interpretazione conforme al diritto europeo che – precisiamo – opera con riferimento a tutti gli atti dell'Unione, compresi quelli privi di efficacia diretta[204].

---

sistema integrato di tutela dei beni giuridici sopranazionali e beni giuridici di interesse comune, Giuffrè, Milano, 2005, p. 68, nota 88, parla di efficacia indiretta.

[203] Così, GRASSO G.-SICURELLA R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 7.

[204] Ciò significa che non soltanto il regolamento e la direttiva self executing – in quanto provvisti di efficacia diretta (vale a dire di immediata applicazione nel diritto interno senza necessità di apposita trasposizione) – impongono al giudice il dovere di interpretazione conforme, bensì tutti gli atti di diritto europeo, anche se non sono ancora stati recepiti dallo Stato membro. SALCUNI G., *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 166 precisa che «Tale obbligo vale in relazione a tutti gli atti dell'unione europea, in quanto l'interpretazione conforme prescinde dall'efficacia diretta. In ogni caso, sia in presenza di una normativa self executing che in presenza di una normativa priva di tale efficacia, grava sul giudice l'onere di rendere conforme l'ordinamento al diritto europeo». Sul punto, v. PIVA P., *Giudice nazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2008, p. 26 ss. In relazioni alle fonti UE direttamente applicabili, ovverosia regolamenti, direttive self executing e principi generali dell'Unione, si può parlare di una interpretazione conforme in senso improprio, rispondente più che altro a ragioni di economia ordinamentale come ricorda LONGO A., *Alcune riflessioni sui rapporti tra l'interpretazione conforme a diritto comunitario e l'utilizzo del canone di equilibrio finanziario da parte della Corte Costituzionale*, in *Consulta OnLine*, par. 3. V'è da dire che l'interpretazione conforme grava tanto sulle norme varate dopo, quanto su quelle varate prima della emanazione delle fonti dell'Unione europea con le quali si trovino in rapporto di potenziale conflitto (Corte Giust. UE, 13 novembre 1990, causa C-106/89, caso Marleasing, Racc., I-4135, p. 8 ss. e Corte Giust. UE, 5 ottobre 2004, cause riunite C-397/01 e C-403/01, Pfeiffer, punto 115); ancora, tale obbligo opera a prescindere dal grado gerarchico della norma interna (anche rispetto alle norme costituzionali, eccezion fatta per i principi e i diritti costituzionali che rappresentano i c.d. controlimiti) e dal settore dell'ordinamento al quale essa appartiene (senza esclusione, quindi, delle norme penali). La Corte di Lussemburgo, a partire dalla nota sentenza Marleasing, ha chiarito che «l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo loro imposto dall'art. 5 del Trattato, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. Ne consegue che nell'applicare il diritto nazionale […] il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato». Questo indirizzo giurisprudenziale è stato poi in più occasioni confermato

Anzi, si può sostenere che siffatto obbligo è sorto proprio per ovviare agli inconvenienti dovuti al mancato recepimento nell'ordinamento interno degli atti europei sprovvisti di tale efficacia[205], divenendo peraltro un autentico principio generale del diritto europeo[206].

Non v'è dubbio che l'obbligo di interpretazione conforme richiami alla mente l'interpretazione costituzionalmente orientata[207] considerato che, al pari di quest'ultima, è una operazione che il giudice di merito deve compiere in via preliminare, individuando, tra le varie norme ricavabili in via ermeneutica dalle disposizioni nazionali, quella che risulti maggiormente conforme alla lettera e

---

e specificato dalla Corte di Giustizia nella sentenza Pfeiffer: infatti, «se è vero che il principio di interpretazione conforme del diritto nazionale, così imposto dal diritto comunitario, riguarda in primo luogo le norme interne introdotte per recepire la direttiva in questione, esso non si limita, tuttavia, all'esegesi di tali norme, bensì esige che il giudice nazionale prenda in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva». In questo senso, v. anche Corte Giust. UE, 24 gennaio 2012, causa C-282/10, caso Maribel Dominguez: «il principio di interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo». V. anche Corte Giust. UE, 24 giugno 2010, causa C-98/09, caso Sorge, punto 53. Quanto affermato a proposito delle direttive vale anche per le decisioni quadro, come chiarito dai giudici di Lussemburgo nella pronuncia del 16 giugno 2005, poiché tali fonti condividono con le direttive le caratteristiche di essere vincolanti rispetto allo scopo da perseguire e non direttamente applicabili (caso Pupino). Anche rispetto ad esse, così come per le direttive not self executing, il canone ermeneutico supplisce alla mancanza di un effetto diretto attraverso la produzione di un effetto utile.

[205] In altre parole, attraverso l'obbligo in parola gli atti privi di efficacia diretta assumono rilevanza all'interno dei singoli ordinamenti nazionali a prescindere dal loro effettivo recepimento, in quanto possono "suggerire" al giudice una interpretazione conforme al loro disposto, assicurando così il continuo adeguamento del diritto interno al contenuto e agli obblighi del diritto dell'unione europea.

[206] In questo senso v. per tutti POLACCHINI F., *CEDU e diritto dell'Unione europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 14 settembre 2010, par. 4c. Come afferma CONTI R., *Il giudice penale italiano e il diritto dell'Unione europea: un approccio non più differibile. Giudice comune e diritto dell'Unione europea. Cinque buone ragioni pratiche per diventare giudici comuni di diritto eurounitario*, in *Dir. pen. Contemp.*, p. 14, l'obbligo di interpretazione conforme ha finito per «irradiare l'intero diritto di matrice comunitaria», stante l'ampiezza dell'ambito di applicazione progressivamente riconosciutogli. La stessa Corte di Lussemburgo ritiene che le disparità di trattamento dovute all'assenza di effetti diretti orizzontali delle direttive possono essere superate attraverso il risarcimento del danno a carico dello Stato inadempiente oppure attraverso il principio di interpretazione conforme alla direttiva.

[207] I giudici comuni sono chiamati – dalla stessa giurisprudenza costituzionale – ad esperire tutti i mezzi di interpretazione possibili al fine di «integrare la visione legislativa con quella costituzionale del caso da decidere». Solo in caso di dubbio e solo dopo aver esperito i tentativi di interpretazione adeguatrice, la parola spetterà alla Corte Costituzionale che fornirà l'interpretazione corretta e conforme alla Costituzione o, nell'impossibilità, caducherà la norma. Cfr., G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia,* Il Mulino, 2008, p. 260 ss.; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari, 2009, p. 94 s.

allo scopo della direttiva[208], in ossequio al principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE[209]. Dunque, la disapplicazione della norma interna rappresenta una *extrema ratio*, dovendo il giudice procedere in tal senso solo laddove non sia possibile, in via interpretativa, superare il contrasto tra la norma interna e la norma europea[210].

Premesso che – come affermato dalla stessa Corte di Giustizia – non esistono zone franche che possano sottrarsi alla forza pervasiva del diritto europeo[211],

---

[208] Da ultime, C. Giust. CE, 16 luglio 2009, n.12, in *Corr. Giur.*, 2009, n.12, p. 1424; Id., 29 gennaio 2008, n. 275, *ivi*, 2008, 563; Id., 18 dicembre 2007, n. 357, in *Urb. e app.*, 2008, fasc. 6, p. 721; Id., 11 gennaio 2007, n.208, in *Argomenti*, 2007, 6, 2, 1409; Id.,5 ottobre 2004, n. 397, in *Guida dir.*, 2004, fasc. 4, 103. Nella nota sentenza del 16 giugno 2005, relativa al procedimento C-105/03 (caso Pupino), l'obbligo sussiste anche per le decisioni quadro nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione europea (Giustizia e Affari Interni). In particolare, la Corte ha affermato che «il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme del proprio ordinamento nel loro complesso ed a interpretarle, per quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro». Tale interpretazione muove dall'art. 34, par. 1 e 2, TUE (ora abrogato dalla riforma di Lisbona), che prevede la competenza della Corte di Giustizia ad intervenire in via pregiudiziale nell'interpretazione del significato della decisione quadro. Da tale norma deriverebbe dunque anche la conseguente giustiziabilità di questo principio ovvero l'obbligo, per il giudice della causa, di decidere secondo quella che è l'interpretazione conforme al diritto europeo. Sul caso Pupino, v. Bazzocchi, Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme alle decisioni-quadro, in Quad. cost., 2005, p. 884 ss.; Fabbricatore, Caso Pupino, sul risarcimento dell'efficacia diretta delle decisioni-quadro, in DPP, 2006, p. 640 ss.

[209] In altri termini, il giudice nazionale è tenuto a fornire della norma nazionale una interpretazione "orientata allo scopo" a cui è diretta la normativa europea, sulla base di un criterio eminentemente teleologico. Al riguardo, si sostiene che, in forza del principio di interpretazione conforme al diritto europeo, l'art. 12 delle preleggi al codice civile sia divenuta una disposizione anacronistica, superando de facto il criterio gerarchico da quest'ultima dettato che non assegna rilievo al procedimento interpretativo volto a conformarsi ai principi costituzionali ed europei. Per tali motivi, PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, VI ed., Napoli, 2007 suggerisce la disapplicazione dell'art. 12 delle preleggi al codice civile. Ciò è stato di recente sostenuto con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 600 ter, co. 3, c.p. In particolare, Cass. n. 10981/2010 ha affermato che è necessario fare riferimento alla nozione di pedopornografia di cui all'art. 1 della decisione quadro 2004/68/GAI del 22.12.2013. In dottrina, v. MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 82 ss.; DEL TUFO, *Problemi di adeguamento del diritto penale alle convenzioni internazionali in tema di stupefacenti*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1977, p. 211 ss.; BERNARDI A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 13 ss. Il principio di leale collaborazione di cui all'art. 4 par. 3 TUE era già contenuto nell'art. 10 TCE.

[210] Il giudice può ritenersi dispensato dall'obbligo di interpretazione conforme solo se nell'interpretare la norma nazionale non goda di alcun margine di discrezionalità. Nel caso contrario, tra più interpretazioni possibili dovrà "preferire" quella più vicina al senso della regola nazionale. Dovrà, a seconda dei casi, disapplicare la norma nazionale irrimediabilmente confliggente col diritto dell'Unione europea o innescare il giudizio di legittimità costituzionale della suddetta norma per contrasto col parametro interposto.

[211] GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 259. Alcuni Autori hanno sostenuto l'esistenza di un sindacato di costituzionalità diffuso nelle mani del giudice nazionale per la valutazione della compatibilità del diritto interno con il diritto europeo. V., per tutti, Riondato S., *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia (influenza, poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 TCE, questioni di costituzionalità)*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1997, p. 1136 ss. L'interpretazione teleologicamente orientata al rispetto del

occorre chiedersi fino a che punto l'obbligo in parola possa spingersi nel campo penale, tenuto conto del fatto che dalla interpretazione potrebbero derivare anche effetti *contra reum*. Al riguardo, la Corte di Giustizia ha individuato due limiti all'attività di interpretazione conforme[212]: da un lato, il limite teleologico-formale del divieto di pervenire ad una interpretazione *contra legem* delle disposizioni nazionali che sconfini in vere e proprie forme di c.d. normazione mascherata (si tratta del divieto di analogia)[213]; dall'altro, il limite, desunto dai principi generali del diritto (tra cui, in particolare, quelli di certezza e di irretroattività della nuova incriminazione)[214], consistente nel divieto di produzione di effetti *in malam partem* nell'ordinamento interno, tali da determinare o aggravare la responsabilità penale dell'individuo[215].

---

diritto europeo per il tramite dell'art. 17 Cost. è entrata negli schemi argomentativi della dottrina penalistica, come ad esempio nel settore della legittima difesa domiciliare e della disciplina degli stupefacenti. Cfr. VIGANÒ F., *Sulla nuova legittima difesa*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 2006, p. 214 s.; VIGANÒ F., *Spunti per un progetto alternativo di riforma della legittima difesa*, in E. DOLCINI- C.E. PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 2024 ss.; RUGA RIVA C., *La nuova legge sulla droga: una legge «stupefacente» in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 2006, p. 234 ss.; MANES V., *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Frasario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. 95 ss.

[212] In dottrina, sulla distinzione tra i due ordini di limiti generali all'interpretazione conforme cfr. VIGANÒ F., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in CORSO P.- ZANETTI E. (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, La Tribuna, Piacenza, 2010, p. 617 ss. e 649 ss.; MANES V., *Il Giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto nazionale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica, Roma, 2012, p. 56 ss.

[213] Dunque, l'interpretazione conforme non può spingersi fino a forzare la littera legis superando indebitamente il dato letterale. Corte Giust. UE, 24 giugno 2010, causa C-98/09, caso Sorge, p. 52; Corte Giust. UE, 4 luglio 2006, causa C-212/04, caso Adeneler e a., p. 110 ss.; Corte Giust. UE, 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07C, Kyriaki Angelidaki e a., p. 200 ss. In particolare, Corte Giust. UE, 16 luglio 2009, C-12/08, caso Mono Car Styling, ha ribadito che l'obbligo di interpretazione conforme «trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare quello di certezza del diritto, nel senso che non può fungere da fondamento per un'interpretazione contra legem del diritto nazionale». Ancora, Corte Giust. UE, Caso Pupino, punto 47: «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 dalla decisione-quadro. In altri termini, il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un'interpretazione contra legem del diritto nazionale». Dello stesso avviso è la Corte Costituzionale, la quale ha espressamente condiviso le affermazioni di principio della Corte di Giustizia, ritenendo che l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione non possa intervenire quando si risolve in un contrasto *contra legem* (Corte Cost., 25 gennaio 2010, n. 28, in *www.cortecostituzionale.it*).

[214] V. C. Giust. CE, 16 giugno 2005, C-105/03, in *Foro it*., 2006, IV, p. 585 ss., anche in Cass. Pen., 2005, p. 3167 (mass.), con nota di Manes V., *L'incidenza delle "decisioni-quadro sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale* (*ivi*, 2006, p. 1150 ss.).

[215] In tal senso v. da ultimo Cass., Sez. Un., 5 giugno 2009, n. 38691, in *Cass. Pen*., 2010, p. 90 ss., con nota di MANES V., *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in* malam

Viene allora in rilievo la questione relativa alla individuazione del *discrimen* tra interpretazione e creazione del diritto, ovvero tra interpretazione estensiva ed analogia[216]. Si tratta, come noto, di una questione che già in ambito nazionale

---

partem, in cui, facendosi applicazione di tale principio, si è escluso che la disciplina in tema di confisca contenuta nella decisione quadro 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 possa essere utilizzata per estendere la confisca per equivalente di cui all'art. 322 ter, 1° co., c.p. anche al profitto del reato di peculato. In linea generale può sostenersi che la Corte di Giustizia con una giurisprudenza costante ha affermato che «nel contesto specifico di una situazione in cui una direttiva viene invocata nei confronti di un soggetto dalle autorità di uno Stato membro nell'ambito di procedimenti penali […] una direttiva non può avere l'effetto, di per sé e indipendentemente da una norma giuridica 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» (Corte Giust. UE, 11 giugno 1987, C-14/86, Pretore di Salò c. X, in Racc. 1987, p. 2545, punto 20; Corte Giust. UE, 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer). Corte Giust. Ue, 26 settembre 1996, Arcaro, ribadisce che gli atti che astrattamente sarebbero suscettibili, in altro contesto, di produrre effetti diretti non possono essere fatti valere a carico del singolo e che tale possibilità è scongiurata dai principi generali dell'Unione e, in particolare, dai principi di certezza del diritto e di irretroattività e di legalità delle pene. Le direttive non attuate, o non correttamente attuate, potranno semmai essere fatte valere nei confronti dello Stato inadempiente qualora da esse derivino diritti in capo al singolo, mentre non potranno, in nessun caso, esplicare effetti negativi per il tramite dell'interpretazione conforme, in quanto ciò equivarrebbe a far ricadere sui singoli le conseguenze peggiorative dell'inadempimento statale nell'attuazione dell'obbligo comunitario. La sintesi più compiuta della posizione della Corte è espressa nel famoso caso Kolpinghuis Nijmegen (Corte Giust. UE, 8 ottobre 1987, C-80/86, Kolpinghuis Nijmegen), in occasione del quale si è rammentato che «in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono essere, sotto il profilo del contenuto, assolute e adeguatamente precise, i singoli possono farla valere nei confronti dello Stato», tanto nel caso in cui questo ometta di trasporre tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale, quanto nel caso di una trasposizione errata, tenendo sempre presente che «una direttiva non può di per sé imporre degli obblighi al singolo e che essa non può quindi essere fatta valere come tale a carico del singolo stesso dinanzi al giudice nazionale». La posizione dei giudici di Lussemburgo è condivisa anche dalla Corte Costituzionale, la quale muovendo dalla distinzione tra effetti in bonam partem ed in malam partem ha ribadito che «gli effetti diretti devono ritenersi esclusi se dall'applicazione della direttiva derivi una responsabilità penale». Tali effetti devono essere esclusi anche nel caso in cui da una direttiva, che in altri contesti potrebbe essere considerata self executing, possa derivare l'effetto di neutralizzazione e disapplicazione di una norma interna più favorevole, coerentemente con l'idea consolidata in base alla quale «l'ordinamento statale non si apre in modo incondizionato alla normazione comunitaria giacché in ogni caso vige il limite del rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana». Viceversa, gli effetti diretti delle fonti europee sono ammessi quando da essi derivi il riconoscimento in capo al singolo di «un diritto […] azionabile nei confronti dello Stato inadempiente». Alle stesse conclusioni è giunta anche Cass., Sez. Un., 6 ottobre 2009, n. 38691, in ?????, che ha sancito il divieto di interpretazioni comunitariamente conforme dalle quali si origino effetti in malam partem, consolidando l'orientamento già manifestato in altre occasioni, come ad esempio nella meno recente pronuncia in tema di rifiuti n. 9617 del 1999, nella quale i giudici di legittimità affermarono che in base al principio di legalità non fosse consentita una interpretazione delle norme interne tale da renderle sì conformi al dettato normativo comunitario, ma al contempo determinando effetti in malam partem nei confronti dei singoli.

[216] Secondo FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, p. 33 ss., sono ammissibili quelle interpretazioni che si mantengono nell'area di significato del testo normativo esteso nella sua massima portata, mentre ci si trova di fronte ad un caso di analogia quando si esce dalla portata semantica della disposizione. Alcuni Autori non distinguono tra interpretazione analogica ed

determina notevoli incertezze applicative[217] e che, trasposta a livello sovranazionale, desta maggiori problematicità, essendo le disposizioni europee prevalentemente scarne ed ellittiche, tanto da essere state definite «disposizioni senza norme»[218].

Sul punto, una parte della dottrina distingue a seconda che l'interpretazione conforme conduca ad una applicazione analogica della fattispecie interna o rimanga nei limiti della interpretazione estensiva: solo nel primo caso l'interpretazione conforme dovrebbe ritenersi illegittima, potendo al contrario operare nella seconda ipotesi, anche qualora da tale attività ermeneutica derivino esiti *in malam partem*[219].

Altra impostazione, invece, non ritiene condivisibile la predetta distinzione: se, in base a quanto precisato dalla stessa Corte di Giustizia, l'interpretazione conforme non può sconfinare nella analogia e ne è disposto il divieto qualora produca effetti *contra reum*, giocoforza non solo l'interpretazione analogica, ma

---

estensiva. V., sul punto, DI GIOVINE O., *L'evoluzione dell'art. 25 Cost. nel pensiero del nuovo costituente*, in *Cass. Pen*., 1998, p. 356 ss.; G. VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *Dir. proc. pen*., I, 1987, p. 159 ss.; RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale,* in *Riv. it. Dir. proc. Pen.,* 1994, p. 195 ss.

[217] Invero, solo concettualmente i due fenomeni son chiaramente distinguibili: si rimane nell'ambito della interpretazione fintantoché ci si muova all'interno della norma, pur nella sua massima estensione, attribuendole uno dei significati compatibili con il suo tenore letterale; mentre si sconfina nel campo dell'analogia qualora ci si muova all'esterno della disposizione considerata, individuando nuove norme sulla base della eadem ratio. Al riguardo, v. per tutti CARCATERRA G., voce *Analogia I) Teoria generale*, in *Enc. Dir.*, Vol. II, Treccani, p. 7: «Il risultato dell'interpretazione è preliminare e cade sempre all'interno della norma che si assume come modello. […] il risultato dell'analogia è successivo e porta sempre al di fuori e al di là della norma modello». L'Autore osserva anche che «l'interpretazione muove da un enunciato e perviene a formare una norma; l'analogia muove da una norma già formulata e perviene a produrre un'altra norma». Per ulteriori chiarimenti sul tema, v. FRANCAZANI M., *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2003; MANTOVANI F., *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2011, p. 69 ss.; VELLUZZI V., *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, in *www.academia.edu*. Se dalla teoria si passa alla pratica ecco allora che sorgono le difficoltà, i confini tra interpretazione estensiva e analogia sfumano. Su questi aspetti, v. MANES V., *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012, p. 65 ss.; DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione, in Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2013, p. 161 ss.

[218] MANES *V., Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen*., 2012, n. 1 p. 8. Si tratta, perlopiù, di norme di principio.

[219] Così VIGANÒ F., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. proc. Pen*., 2005, p. 298 ss.; VIGANÒ F., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in CORSO P.-ZANETTI E. (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, La Tribuna, Piacenza, 2010, p. 668 ss. Dunque, secondo questa prima linea di pensiero, l'interpretazione comunitariamente orientata, pur non potendo tradursi in una applicazione analogica della disciplina interna, potrebbe invece produrre legittimamente effetti espansivi della fattispecie punitiva rimanendo nell'ambito dell'interpretazione.

anche quella estensiva deve reputarsi vietata se *in malam partem*[220]. Anche ragioni di ordine pratico spingono a ritenere condivisibile questa impostazione: se già a livello nazionale il *discrimen* che corre tra interpretazione estensiva ed analogia è nei fatti difficile da individuare, la complessità del problema aumenta in modo esponenziale se proiettata nell'ambito sovranazionale[221].

4.1. Sulla possibile estensione al reato di peculato della confisca per equivalente del profitto

Si è detto che non è ammissibile una interpretazione comunitariamente orientata dalla quale derivi un ampliamento del penalmente rilevante. Nel contesto nostrano può farsi riferimento alla decisione con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2009[222] hanno risolto un contrasto giurisprudenziale, ma anche dottrinale, sorto con riferimento alla possibilità o meno di estendere al reato di peculato di cui all'art. 314 c.p. la confisca per equivalente del profitto, posto che nella formulazione dell'art. 322 *ter* c.p. –

[220] In altri termini, nella giurisprudenza il riferimento è all'interpretazione *tout court* e ciò deve condurre a ritenere che nell'ambito dei rapporti tra fonte domestica e fonte sovranazionale la distinzione nostrana tra interpretazione estensiva ed analogia non abbia rilevanza, in quanto sarebbero entrambe vietate se produttive di effetti negativi per il reo. Di questo avviso, v. MANES V., *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penali e fonti sovranazionali,* Dike, Roma, 2012, p. 66; MANES V., *L'incidenza delle decisioni-quadro sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. Pen*., n. 3/2006, p. 1158 ss.; MAIELLO V., *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, in *Dir. proc. Pen*., 2010, p. 440 ss.; GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 64 ss.

[221] Il rischio che partendo dall'interpretazione estensiva si sconfini nel terreno dell'analogia è riconosciuto anche da chi sostiene l'ammissibilità dell'interpretazione conforme con effetti espansivi, stante «la difficoltà di distinguere nettamente l'interpretazione estensiva dall'analogia» che induce «i magistrati nazionali […] non di rado a interpretare la norma penale non solo estensivamente, ma financo "additivamente" o analogicamente in modo tale da farla risultare conforme al diritto comunitario, anche a costo di sacrificare nei fatti il principio di stretta legalità». Così, BERNARDI A., *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, in AA.VV., *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 245 ss. Nello stesso senso, SOTIS C., *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 303, il quale segnala che «anche se in linea di principio è possibile ipotizzare che l'obbligo di interpretazione conforme, nei limiti degli spazi concessi dal divieto di analogia, possa dispiegare effetti espansivi (leciti) della norma incriminatrice nazionale, in concreto, i casi di interpretazione estensiva della norma incriminatrice alla luce della norma comunitaria che non siano in realtà interpretazioni analogiche mascherate, sono veramente ridottissimi».

[222] Cass., Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 38691, in *Cass. Pen*., 2010, p. 90 ss., con nota di MANES V., *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti* in malam partem.

derivante dal recepimento di obblighi europei avvenuto con Legge n. 300/2000 che ha ratificato ed eseguito la Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari della Comunità europea (PIF)[223], la Convenzione relativa alla lotta alla corruzione dei funzionari della Comunità europea[224] o degli Stati dell'Unione europea e la Convenzione per la lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri[225] – tale misura ablativa era prevista, e dunque consentita, solo in relazione al prezzo dei reati di cui agli artt. 314-320 c.p.[226].

Premesso che *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, non v'è dubbio che l'interpretazione letterale dell'art. 322 *ter* c.p., in forza del generale divieto di analogia *in malam partem*, comportasse un significativo restringimento dell'ambito operativo della confisca per equivalente, frustrando nei fatti l'utilità della sua stessa previsione rispetto agli illeciti da esso richiamati (artt. 314-320 c.p.), in quanto, fatto salvo il delitto di corruzione nelle sue diverse "varianti", i restanti illeciti ruotano attorno al diverso concetto di profitto. E così è con specifico riguardo al delitto di peculato ove un prezzo in senso tecnico manca, potendosi piuttosto rinvenire un profitto, identificabile nel denaro oggetto dell'appropriazione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio.

Poiché la confisca del *tantundem* con riguardo a questa tipologia di reati sarebbe rimasta priva di una benché minima valenza operativa, si è affacciata la possibilità di giungere ad un diverso esito mediante una interpretazione comunitariamente orientata delle fattispecie richiamate al primo comma dell'art. 322 ter c.p., richiamando la decisione quadro del Consiglio U.E. del 24 febbraio 2005 (2005/212/GAI), relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di

[223] Bruxelles, 26 luglio 1995 ed è comprensiva del Protocollo di Dublino del 27 settembre 1996 e di Bruxelles del 29 novembre 1996.

[224] Bruxelles, 26 maggio 1997.

[225] Parigi, 17 dicembre 1997. Occorre altresì richiamare, in materia di confisca, due importanti Decisioni quadro, ovvero 2001/500 GAI del 26 giugno 2001 (art. 3) e 2005/212 GAI del 24 febbraio 2005 (art. 2), che, sebbene non recepite nell'ordinamento interno e prive di efficacia diretta, assurgono pur sempre a parametri cui orientare l'interpretazione del diritto nazionale.

[226] Secondo la giurisprudenza assolutamente dominante, per "profitto" deve intendersi l'utile ottenuto in seguito alla commissione del reato, mentre il "prezzo" va identificato in quello pattuito e conseguito da una persona determinata, come corrispettivo dell'esecuzione dell'illecito (v., *ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. Un., 17 ottobre 1996, n. 9149). In altri termini, il prezzo del reato è da intendere come il corrispettivo economico dato promesso per la commissione del reato, mentre il profitto è il risultato o, più genericamente, ogni vantaggio economico ottenuto in via immediata e diretta dalla commissione dell'illecito penale.

reato, con la quale veniva demandata agli Stati membri l'adozione, entro il 15 marzo 2007, delle «misure necessarie per poter procedere alla confisca totale o parziale di strumenti o proventi di reati punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi». In particolare, si faceva leva sulle definizioni preliminari contenute nella richiamata decisione quadro ove, pur non essendoci traccia dei concetti di profitto e di prezzo propri della nostra normativa, figurava ciononostante il concetto di «provento del reato» inteso come «ogni vantaggio economico derivato da reati» senza alcuna ulteriore distinzione terminologica. Si era perciò ritenuto di poter ricondurre sia la nozione di prezzo sia quella di profitto al più ampio concetto di provento del reato[227].

Le Sezioni Unite nel 2009, tuttavia, hanno ritenuto impercorribile tale soluzione interpretativa, affermando che «l'obbligo del giudice di interpretare il diritto nazionale conformemente al contenuto delle decisioni-quadro […] non può legittimare l'integrazione della norma penale interna quando una simile operazione si traduca in un'interpretazione *in malam partem*», poiché l'art. 25, co. 2, Cost., in base alla «costante […] giurisprudenza costituzionale deve ritenersi ostativo all'adozione di una pronuncia additiva che comporti effetti costitutivi o peggiorativi della responsabilità penale, trattandosi di interventi riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore»[228].

Ma, ancor prima di "scomodare" il diritto europeo ed i suoi "contrastati" rapporti con il diritto nazionale, basti solo pensare che dietro tale opzione ermeneutica vi è una attività interpretativa di tipo analogico, come tale vietata nel nostro ordinamento *ex* art. 25 Cost.[229] A riprova di quanto detto, basti

[227] Sul punto, in dottrina è stata comunque sostenuta la possibilità di confisca per equivalente senza dover ricorrere alla operatività per equivalenza, quando questo sia rappresentato da una somma di denaro, in virtù della natura fungibile di questo. Così AMATO G., Sui delitti di peculato e malversazione resta un rilevante problema applicativo, in Guida al Dir., 2009, p. 74 ss.

[228] Per ulteriori approfondimento si rinvia a MAIELLO V., *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, in *Dir. proc. Pen*., 2010, p. 440 ss.; MANES V., *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in* malam partem, in *Cass. Pen*., 2010, p. 101 ss.; MAUGERI A.M., *La confisca per equivalente* – ex *art. 322* ter – *tra gli obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen*., 2011, p. 791 ss.

[229] In altri termini, si trattava non solo di una interpretazione conforme in malm partem, ma anche e soprattutto di una forma vietata di interpretazione conforme in quanto contra legem, essendo evidente il superamento della littera legis. Se, sulla base dei criteri ermeneutici domestici

non era possibile interpretare le nozioni di prezzo e profitto in modo da far sfumare la loro differenza concettuale e consentire di estendere la confisca per equivalente anche ai reati in cui figura un profitto piuttosto che un prezzo, non si comprende come tale risultato potesse essere invece possibile e ammissibile alla luce della disciplina europea. Sembra potersi sostenere che ad una interpretazione di tipo creativo sia giunta la Suprema Corte nella sua formazione più autorevole con riferimento alla confisca di valore ex art. 322 ter c.p. a cui l'art. 640 quater c.p. fa rinvio. Come noto, la disposizione da ultimo citata sancisce l'applicabilità della confisca di cui all'art. 322 ter c.p. alle fattispecie di cui agli artt. 640, co. 2, n. 1 c.p. (truffa a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o col pretesto di far esonerare qualcuno dal servizio militare), 640 bis c.p. (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche) e 640 ter c.p. (frode informatica). Come precisato da Cass. Pen., sez. V, 1/10/2002 n. 32797, l'art. 322 ter c.p. – richiamato dall'art. 640 quater c.p. - consente la confisca "per equivalente" nelle ipotesi in cui la confisca diretta del prezzo o del profitto dei reati in esso considerati «sia impedita da un fatto sopravvenuto che ne abbia determinato la perdita o il trasferimento irrecuperabile». Premesso che il primo comma dell'art. 322 ter (concernente la confisca nei reati previsti dagli artt. da 314 a 320 c.p.) consente espressamente la confisca "per equivalente" del solo prezzo del reato, mentre il secondo comma prevede la confisca per equivalente del profitto, con riferimento, però, alla sola fattispecie di cui all'art. 321 c.p. (corruzione attiva), ci si è interrogati in merito all'ambito di operatività del rinvio effettuato dall'art. 640 quater all'art. 322 ter, ovvero se la confisca per equivalente per i reati richiamati dall'art. 640 quater c.p. potesse disporsi avuto riguardo al profitto del reato. Dalla soluzione della questione qui descritta conseguivano effetti di non poco momento, posto che nella struttura normativa dei reati di truffa richiamati dall'art. 640 quater viene in rilievo il solo ingiusto "profitto" del reato[229]. Al riguardo si sono formati due orientamenti nella giurisprudenza di legittimità: l'uno, maggioritario e più restrittivo secondo il quale la confisca de qua, al di fuori della fattispecie di cui all'art. 321 c.p., regolata in modo separato e specifico nel secondo comma dell'art. 322 ter c.p., può trovare applicazione solo in correlazione al (non più aggredibile) "prezzo" del reato; l'altro, fatto proprio da recenti pronunce (Cass. Pen., sez. I, 9/3/2005, n. 9395) secondo cui la previsione della confisca per equivalente del valore del "profitto", contenuta nel secondo comma dell'art. 322 ter c.p., è applicabile, in forza del richiamo di cui all'art. 640 quater c.p., che, altrimenti, risulterebbe svuotato di ogni significato, anche alla fattispecie di cui all'art. 640 bis c.p. La prima impostazione, che esclude la confiscabilità "per equivalente" del profitto dei reati indicati nell'art. 640 quater c.p., si basa essenzialmente sull'assunto che il rinvio operato dall'art. 640 quater c.p. riguarderebbe soltanto le disposizioni di tipo generale contenute nel primo comma dell'art. 322 ter, in cui si prevede la confisca per equivalente del "prezzo" del reato, e non quelle invece del secondo comma, che, pur richiamando espressamente la nozione di "profitto", sarebbero state dettate "esclusivamente" per il delitto di cui all'art. 321 c.p. (corruzione attiva) e non sarebbero quindi estensibili alle diverse fattispecie di truffa. A favore della confiscabilità per equivalente del profitto dei reati contemplati dall'art. 640 *quater* c.p. si è schierata invece altra recentissima giurisprudenza (Cass. Pen., sez. I, 9 marzo 2005, n. 9395), che considera la esclusione della confiscabilità contraria alla ratio della citata norma, tendente a più efficacemente contrastare il fenomeno criminoso della indebita percezione di fondi, e ritiene legittimo, sotto il profilo tecnico-giuridico, il collegamento del richiamo contenuto nell'art. 640 quater al comma 2 dell'art. 322 ter, con conseguente assoggettamento dei reati di truffa al regime della confisca "per equivalente". In dottrina, v. Fondaroli, Art. 322 ter, in Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Trattato di diritto penale. Parte speciale II, I delitti contro la Pubblica amministrazione, Torino, 2008, p. 272 ss. A fronte del vivace contrasto giurisprudenziale, Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2005, n. 41936, in Guida al dir., 2005, p. 52 ss. sono intervenute sul punto, stabilendo che il rinvio operato dall'art. 640 quater all'art. 322 ter c.p. non fosse limitato al solo primo comma di quest'ultima disposizione (che consentirebbe la confisca per equivalente del solo "prezzo"), ma si riferisse a tutto il corpo normativo in quanto applicabile e, pertanto, anche al secondo comma che prevedeva la confisca del "profitto" del reato In tal senso milita la considerazione che la lettera dell'art. 640 quater opera un rinvio indifferenziato alle disposizioni contenute nell'art. 322 ter, senza porre distinzioni tra il primo ed il secondo comma. Secondo i giudici di legittimità, tale decisione si giustificava non solo perché, altrimenti opinando, la confisca del tantundem con riguardo a questa tipologia di reati sarebbe rimasta priva di una benché minima valenza operativa, ma

pensare che a distanza di qualche anno dalla suddetta decisione, il Legislatore ha ritenuto di dover intervenire sul punto, novellando l'art. 322 *ter* c.p. che ora, per effetto della legge 6 novembre 2012, n. 190 (art. 1, co. 75), al comma 1 prevede l'aggiunta delle parole «o profitto». La recente riforma legislativa – allineando l'ordinamento nazionale a quello europeo che obbliga gli Stati a prevedere la confisca di valore in relazione a qualsiasi vantaggio economico da reato – colma una lacuna normativa e, contemporaneamente, rende la misura ablativa realmente efficace e concretamente applicabile per quelle fattispecie delittuose rispetto alle quali il prezzo del reato è nozione inconferente e priva di concreta valenza operativa.

4.2. Il caso Pupino.

Un caso giurisprudenziale, giunto all'attenzione della giurisprudenza nazionale ed europea, mostra da un lato la non sempre chiara estensione del concetto di interpretazione conforme e dall'altro le incertezze che possono derivare dalla (apparentemente) chiara distinzione tra effetti *in bonam partem*[230] ed effetti *in malam partem*[231]. Si tratta, in particolare, del noto caso Pupino, avente ad

anche in ragione della interpretazione conforme alla decisione quadro del Consiglio U.E. del 24 febbraio 2005 (2005/212/GAI), relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, che ha imposto agli Stati membri la previsione in termini generali della confisca per equivalente con riferimento ai "proventi di reato" nella prospettiva di armonizzare la normativa dei paesi dell'Unione sul tema specifico della confisca penale[229]. Successivamente, in senso conforme, v. Cass. pen., Sez. VI, 30 maggio 2007, n. 37090; Cass pen., Sez. II, 14 marzo 2007, n. 10838, in *C.E.D. Cass.*, n. 235829; Cass pen., Sez. I, 30 maggio 2006, n. 30790, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3413 ss.; Cass. pen., Sez. II, 21 dicembre 2006, n. 316, in *Guida al dir.*, 2007, p. 79 ss.; Trib. Catanzaro, 8 marzo 2007, in *Corriere del merito*, 2007, p. 758 ss. RICCARDI G., *Diritto comunitario e diritto penale: l'influenza interpretativa in materia di confisca*, in SGUBBI F.-MANES V., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, p. 168 precisa che, ai fini della risoluzione del caso sottoposto all'esame delle Sezioni Unite, l'interpretazione conforme non è stata essenziale, avendo avuto un ruolo soltanto ad colorandum, finalizzato a dimostrare come l'interpretazione meno restrittiva dell'art. 640 quater c.p. rispondesse alle esigenze del diritto europeo. È evidente che dalla decisione in esame derivino effetti in malam partem che, tuttavia, non possono dirsi ammissibili, poiché determinano o aggravano la responsabilità dell'individuo il quale, altrimenti opinando, nel caso specifico non avrebbe visto disporsi a suo carico la confisca del profitto del reato.

[230] Secondo G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 193 ss., un esempio di integrazione pro reo è fornito dalle misure di sicurezza.

[231] G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 180 ss. ritiene che la questione relativa alla natura giuridica dell'art. 640 *bis* c.p. rappresenti un

oggetto una ipotesi di maltrattamenti su minori commessi da una maestra della scuola materna. Poiché i reati alla stessa contestati[232] non rientravano tra i casi

esempio paradigmatico della interpretazione conforme in malam partem. Al riguardo, l'Autore afferma che «La sentenza delle Sezioni Unite (ndr, Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 26351, in *Guida al dir.*, 2002, n. 42, p. 64 ss., con nota di AMATO G., *Con l'addio alla giurisprudenza prevalente la Cassazione dimentica i differenti beni tutelat*i), laddove riconosce la natura circostanziale dell'art. 640 *bis*, si scontra per di più con le esigenze dettate dalla tutela dei beni giuridici europei. L'interpretazione della Corte, infatti, per sua stessa ammissione "espone l'Italia ad una inadempienza nei confronti dell'Unione europea". Affermazione cui fa seguito l'altra, ancora più allarmante, per cui "gli obblighi comunitari non influiscono sull'interpretazione della fattispecie". Inutile osservare che, per contro, esiste, come noto, nel nostro ordinamento, il principio di interpretazione conforme al diritto europeo. […] In sintesi, la lettura proposta dalle Sezioni Unite getta sulla norma un sospetto di incostituzionalità per violazione dell'art. 117, co. 1. Addirittura, qualora l'interpretazione del Supremo collegio dovesse divenire "diritto vivente", la Corte Costituzionale potrebbe forse anche, mediante una sentenza interpretativa di accoglimento, dichiarare l'incostituzionalità della norma (interpretata secondo i dettami delle Sezioni Unite) perché in contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost. e gli artt. 4 TUE e 325 TFUE». In argomento, v. SPAGNOLO, *Breve commento alle nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione della pericolosità sociale*, in *Riv. Trim. dir. Pen. ec.*, 1990, p. 210 ss.; GRASSO G., *L'armonizzazione ed il coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Nuvolone*, II, Milano, 1991, p. 109 ss.; MEZZETTI E., *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati membri*, Cedam, Padova, 1994, p. 28 ss.; PELISSERO M., *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche,* in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1991, p. 923 ss.; COPPI, *Appunti in tema di malversazione a danno dello Stato e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in AA.VV., S*tudi in onore di G. Vassalli*, I, Milano, 1991, p. 575 ss.; TERRACINA, *La truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ed il ruolo del bene giuridico nella fattispecie di reato*, in *Ind. Pen.*, 2003, p. 667 ss.; G. SALCUNI, *La tutela penale delle finanze comunitarie. Controllo penale* vs *cogestione delle risorse pubbliche*, in *Riv. trim. Dir. proc. Pen.*, 2005, p. 758 ss.; FABBRO, *Truffa per il conseguimento delle erogazioni pubbliche: davvero una circostanza aggravante?*, in *Cass. pen.,* 2003, p. 2326 ss.; Picotti L., *L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione europea per la protezione penale degli interessi finanziari comunitari*, in *Riv. trim. Dir. proc. Pen.*, 2006, p. 615 ss. In caso di contrasto tra la legge nazionale e una direttiva comunitaria priva di efficacia diretta, stante l'impossibilità di disapplicare il diritto interno e la non necessità di ricorrere in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia, la Corte Costituzionale precisa che, con riguardo agli effetti di una eventuale declaratoria di illegittimità di una norma extrapenale di favore, «occorre […] distinguere il controllo di legittimità, che non può soffrire limitazioni, se ritualmente attivato secondo le norme vigenti, e gli effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali»[231]. Ed infatti, come già in precedenza affermato, «altro […] è la garanzia che i principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l'efficacia spettante alla dichiarazione di illegittimità delle norme di favore; altro è il sindacato cui le norme stesse devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone franche del tutto impreviste dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile». Sul punto, v. Corte. Cost., 12 aprile 1983, n. 148, in *www.cortecostituzionale.it*; nello stesso senso v. Corte. Cost., 23 novembre 2006, n. 394, in *Foro it.*, 2007, I, p. 2008 ss.

[232] Alla sig.ra Maria Pupino era stato contestato il reato di abuso di mezzi di disciplina ex art. 571 c.p. a danno di suoi alunni che, all'epoca dei fatti, svoltisi tra gennaio e febbraio 2001, avevano un'età inferiore ai cinque anni. Nello specifico la Sig.ra Pupino era stata accusata di avere inflitto percosse ai bambini, di aver loro proibito di usufruire dei bagni nonché di averli minacciati di obbligarli ad assumere tranquillanti e di "incerottare" le loro bocche. Inoltre, veniva contestato alla Sig.ra Pupino il reato di lesioni gravi per aver colpito una sua alunna, nel febbraio 2001, causandole una tumefazione.

espressamente richiamati dall'art. 398, co. 5 *bis* c.p.p., il giudice per le indagini preliminari avrebbe dovuto escludere la possibilità di assumere anticipatamente la testimonianza dei minori mediante incidente probatorio, consentito invece nei casi di delitti sessuali o a sfondo sessuale ai danni di minori[233]. Poiché tale situazione era apparsa in contrasto con la Decisione quadro 2001/220/GAI (artt. 2[234], 3[235] e 8[236]) a tutela della vittima nel procedimento penale[237], il Gip del Tribunale di Firenze aveva sollevato questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea[238] per comprendere l'esatto significato della

[233] Il dato normativo aveva quindi posto il giudice delle indagini preliminari nell'impossibilità di disporre che, come richiesto dal pubblico ministero i bambini coinvolti dai fatti fossero ascoltati tempestivamente tramite incidente probatorio. Da ciò derivava il rischio di un danno significativo ai fini dell'accertamento della verità. Infatti, ascoltare i testimoni molto più tardi, ai fini della produzione della prova nel corso del dibattimento, considerata l'età e la connessa condizione psicologica degli stessi, avrebbe significato sentirli dopo che si era prodotto un quasi inevitabile processo di rimozione psicologica del trauma, col rischio peraltro di produrre l'unico risultato di turbare nuovamente la serenità dei bambini.

[234] L'art. 2 della decisione quadro 2001/220/GAI impegna ciascuno Stato membro «a garantire «nel proprio sistema giudiziario penale un ruolo effettivo ed appropriato delle vittime» ed «un trattamento debitamente rispettoso della loro dignità personale durante il procedimento». Riconosce inoltre che ciascuno Stato membro è tenuto ad assicurare «che le vittime particolarmente vulnerabili beneficino di un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione».

[235] In base all'art. 3 della decisione quadro 2001/220/GAI è stabilito che «Ciascuno Stato membro garantisc(a) la possibilità per la vittima di essere sentita durante il procedimento e di fornire elementi di prova. Ciascuno Stato membro adott(i) le misure necessarie affinché le autorità competenti interroghino la vittima soltanto per quanto è necessario al procedimento penale».

[236] L'art. 8, co. 8, della decisione quadro 2001/220/GAI specifica che «ove sia necessario proteggere le vittime, in particolare le più vulnerabili, dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica, ciascuno Stato membro garantisce alla vittima la facoltà, in base a una decisione del giudice, di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire tale obiettivo e che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento».

[237] L'art. 2 della decisione quadro, rubricato «Rispetto e riconoscimento», dispone che «Ciascuno Stato membro prevede nel proprio sistema giudiziario penale un ruolo effettivo e appropriato delle vittime. Ciascuno Stato membro si adopererà affinché alla vittima sia garantito un trattamento debitamente rispettoso della sua dignità personale durante il procedimento e ne riconosce i diritti e gli interessi giuridicamente protetti con particolare riferimento al procedimento penale. Ciascuno Stato membro assicura che le vittime particolarmente vulnerabili beneficino di un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione». L'art. 3 («Audizione e produzione delle prove») stabilisce che «Ciascuno Stato membro garantisce la possibilità per la vittima di essere sentita durante il procedimento e di fornire elementi di prova. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le autorità competenti interroghino la vittima soltanto per quanto è necessario al procedimento penale». L'art. 8 della decisione quadro, al n. 4 precede che «ove sia necessario proteggere le vittime, in particolare le più vulnerabili, dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica, ciascuno Stato membro garantisce alla vittima la facoltà, in base ad una decisione del giudice, di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire tale obiettivo e che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento».

[238] L'età delle vittime del reato aveva indotto il pubblico ministero a richiedere al Giudice per le indagini preliminari di procedere all'incidente probatorio al fine di raccogliere le deposizioni di

citata norma europea e per valutare l'apparente (o reale) contrasto con la normativa nazionale[239].

Nella decisione in commento[240], valorizzando il principio della leale cooperazione sancito all'art. 10 TCE, i giudici europei[241] hanno sostenuto che l'obbligo del giudice nazionale di interpretare il diritto interno in maniera conforme all'Unione sussista non solo quando si tratti di direttive comunitarie, ma anche qualora a venire in gioco siano decisioni quadro[242]. Dunque, la Corte

---

otto bambini, testimoni e vittime dei reati contestati alla Signora Pupino, ritenendo che il differimento dell'assunzione della prova durante il processo avrebbe potuto compromettere l'assunzione stessa della prova e determinato, di conseguenza, ripercussioni negative circa l'accertamento della verità. Considerate le tempistiche processuali, l'età e la connessa condizione psicologica dei testimoni, attendere il dibattimento avrebbe significato sentirli dopo che si era prodotto un quasi inevitabile processo di rimozione psicologica del trauma, col rischio peraltro di produrre l'unico risultato di turbare nuovamente la serenità dei bambini spingendoli a riportare alla mente ricordi dolorosi.

[239] Il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Firenze – evidenziando la sussistenza dell'obbligo del giudice nazionale di «interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della normativa comunitaria» e ciò indipendentemente dalla «sussistenza di un "effetto diretto" della normativa comunitaria» (v. punto 18 della sentenza) –, metteva in discussione la compatibilità degli artt. 392, co. 1 bis, e 398, co. 5 bis, c.p.p. con gli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro del Consiglio 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, poiché le citate norme nazionali circoscrivono ai reali sessuali o a sfondo sessuale la possibilità per il giudice delle indagini preliminari di avvalersi dell'assunzione anticipata della prova e delle modalità particolari di assunzione della stessa. Corte Cost. n. 529 del 2002, in *Giur. Cost*., 2002, p. 4354, precedentemente adita, aveva rigettato la questione di legittimità sollevata in via incidentale dal Gip, affermando che «tutela della personalità del minore e genuinità della prova sono certo interessi costituzionalmente garantiti: non lo è però lo specifico strumento, consistente nell'anticipazione, con incidente probatorio, delle testimonianze in questione».

[240] In dottrina, cfr. MANES V., *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. Pen*., 2006, p. 1158 ss.; SOTIS C., I*l caso Pupino: profili sostanziali*, in AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bononia University press., Bologna, 2007, p. 33 ss.; SOTIS C., *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 304 ss.; APRILE E., I *rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea, dopo la sentenza della Corte di giustizia sul caso "Pupino" in materia di incidente probatorio*, in *Cass. Pen*., 2006, p. 1174 ss.; BAZZOCCHI V., *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni-quadro*, in *Quad. cost*., 2005, p. 886 il quale legge con favore la decisione, che costituirebbe un passo in avanti verso il superamento delle distinzioni tra i pilastri dell'Unione europea; ARMONE G., *La Corte di giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 2006, p. 595 ss.; FAVALE A., *Possibile efficacia diretta delle decisioni-quadro nell'ambito della politica di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2005; CALVANO R., *Il caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto Ue e diritto comunitario*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it;* MARCHEGIANI M., *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, p. 563 ss.

[241] Corte Giust. UE, 16 giugno 2005, C-105/03, in Guida al dir., 2005, n. 26, p. 67 ss.

[242] Come meglio si desume dalle conclusioni dell'Avvocato Generale, la questione è stata dibattuta nel procedimento. In particolare i governi svedesi e britannico, analogamente al governo italiano, hanno sostenuto che per la decisione-quadro non sussista un obbligo di interpretazione conforme per l'autorità giudiziaria nazionale (cfr. punti 29 e 38). Il governo svedese ha posto l'accento sulla circostanza che il titolo VI del Trattato sull'Unione porrebbe in

di Giustizia, innovando sul punto, ha ritenuto che l'interpretazione teleologicamente orientata e conforme al diritto europeo debba investire anche le disposizioni del III Pilastro[243], giungendo così *de facto* alla attribuzione di una

essere una cooperazione interstatale e che, pertanto, gli atti giuridici previsti dall' art. 34 TUE sarebbero di natura internazionale e non potrebbero costituire il fondamento di un obbligo di interpretazione conforme da parte dei giudici nazionali. La sentenza in commento – recependo in larga misura la tesi prospettata al riguardo dall'Avvocato generale (punti 33 ss.) - ha affermato, invece, in maniera decisa la sussistenza di un obbligo di interpretazione conforme del diritto interno alla decisione- quadro *ex* art. 34 TUE. Secondo la pronuncia de qua, siffatto orientamento non risulterebbe intaccato né dal fatto che, nella sfera del titolo VI del Trattato sull'Unione europea, la Corte, ai sensi dell'art. 35, abbia competenze più limitate rispetto a quelle previste dal Trattato CE, né dalla mancanza di un compiuto apparato procedurale diretto a garantire la legittimità degli atti adottati dalle istituzioni nell'ambito del suddetto titolo. A fronte dell'obiezione che il Trattato sull'Unione europea non prevede un obbligo assimilabile a quello sancito dall'art. 10 CE - che ha costituito in larga misura il fondamento da cui è stato desunto dalla giurisprudenza il criterio dell'interpretazione conforme - la Corte ha rilevato che il conseguimento da parte dell'Unione degli obiettivi di cui all'art. 1, secondo e terzo comma, del suo Trattato istitutivo sarebbe seriamente ostacolato dall'esclusione dell'applicazione del principio di leale collaborazione anche nel contesto della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (cfr. punto 42 della sentenza). La necessità che gli Stati membri adottino tutti i provvedimenti idonei a garantire l'attuazione degli obblighi stabiliti dal diritto comunitario si imporrebbe, secondo la sentenza in commento, anche nel suddetto ambito, con la conseguenza che il giudice nazionale dovrebbe interpretare il diritto interno alla luce della lettera e dello scopo della decisione- quadro onde realizzare quanto da essa prescritto.

[243] Come chiarito da CHERUBINI F., *L'obbligo di interpretazione conforme sconfina nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 159, «La Corte muove dalla formulazione dell'art. 34, par. 2, lett. b) TUE (ora abrogato dalla riforma di Lisbona), in combinato disposto con l'art. 249, comma 3 TCE (ora art. 288 TFUE). Il carattere vincolante delle direttive (ex art. 249, comma 3), dunque, si trasmetterebbe anche alle decisioni quadro, poiché l'art. 34, par. 2, lett. b) è formulato in termini identici a quelli dell'art. 288 TFUE. Tale circostanza comporta, in capo alle autorità nazionali, ed in particolare ai giudici, un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale». Nel punto 36 della sentenza in commento, la Corte di Giustizia afferma che «indipendentemente dal grado di integrazione considerato dal Trattato di Amsterdam nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa ai sensi dell'art. 1, secondo comma, UE, è perfettamente comprensibile che gli autori del Trattato sull'Unione europea abbiano ritenuto utile prevedere, nell'ambito del titolo VI di tale Trattato, il ricorso a strumenti giuridici che comportano effetti analoghi a quelli previsti dal Trattato CE». Sebbene l'analogia sia possibile per quanto attiene alla struttura delle due categorie di atti, contraddistinti dal contenuto generale, e dall'efficacia vincolante gli Stati quanto al risultato da ottenere, salva restando la scelta per quanto concerne i mezzi, va rilevato innanzitutto che le decisioni quadro sono adottate all'unanimità dal Consiglio, mentre all'adozione delle direttive concorrono Consiglio, Commissione e Parlamento europeo. Inoltre è ben noto come la possibilità di produrre effetti diretti per le direttive CE, solo a determinate condizioni (mancata attuazione, scadenza del termine, contenuto dettagliato ed incondizionato), era stata essa stessa il frutto di una forzatura interpretativa da parte del giudice comunitario, essendo tali atti indirizzati esclusivamente agli Stati. Posto che le materie in cui esse intervengono però, attengono all'ambito in cui gli Stati hanno accettato ed espressamente deliberato tramite i Parlamenti nazionali una cooperazione molto stretta, tale forzatura è sembrata giustificabile sulla base della necessità di garantire comunque l'effettività e l'omogeneità dell'integrazione comunitaria sul piano legislativo nei diversi paesi. Ben diversa appare la situazione in un ambito così strettamente collegato alla sovranità degli Stati come quello dell'esercizio della giurisdizione penale. La prassi poi di emanare direttive dettagliate da parte delle istituzioni comunitarie, proprio per contrastare l'ipotesi della mancata attuazione da parte degli Stati membri, ha reso possibile come si sa un aggiramento del disegno originario

efficacia diretta di tale normativa attraverso il meccanismo dell'interpretazione conforme[244].

Ciononostante, secondo i giudici di Lussemburgo tale operazione ermeneutica «non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale», dovendo il giudice interno prendere «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». Richiamando la giurisprudenza consolidata in materia di direttive comunitarie[245], la Corte ha dunque affermato che l'obbligo di interpretazione conforme non debba aggravare la situazione dell'imputato nel processo penale e, comunque, non possa confliggere con i principi di certezza del diritto e di irretroattività.

Tuttavia, la Corte ha poi precisato che nel caso di specie la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalle disposizioni della decisione-quadro imponesse al giudice nazionale «di utilizzare una procedura speciale» per le vittime particolarmente vulnerabili, anche se il diritto nazionale non prevedeva esplicitamente

---

previsto dal Trattato Ce. Un analogo fenomeno non appare essersi ancora realizzato nell'ambito del terzo pilastro, né pare sinceramente auspicabile che ciò avvenga anche in ragione della limitatezza della giurisdizione della Corte di giustizia nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, ai sensi dell'art. 35 TUE.

[244] In questo senso, G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 199 ss. Le decisioni quadro, infatti che hanno lo scopo di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri in materia, vengono adottate sulla base dell'art. 34, comma 2 lett. B, ai sensi del quale «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». Al riguardo, giova precisare che, secondo quanto chiarito da V. BAZZOCCHI, *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni-quadro*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 886, «la differenza tra efficacia diretta ed interpretazione conforme sta nel fatto che in base alla prima il giudice applica direttamente la norma comunitaria, disapplicando quella nazionale con essa configgente, mentre con la seconda applica la norma interna interpretandola in modo aderente a quella comunitaria». L'Autore legge con favore la decisione della Corte di Giustizia UE, ritenendola un «passo in avanti verso il superamento delle distinzioni tra i pilastri dell'Ue». In dottrina v. MILITELLO V., *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in MILITELLO V.-PAOLI L.-ARNOLD J. (a cura di), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 38 ss.; BERNARDI A., *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei, in Riv. trim, dir. pen. ec.,* 2002, p. 822 ss.; PICOTTI L., *Presupposti e prospettive di un "sistema" di diritto penale comunitario. Aspetti sostanziali*, in BARGIS M-NOSENGO S. (a cura di), Corpus Juris*, pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale*, Atti del convegno. Alessandria, 19-21 ottobre 2001, Giuffrè, Milano, 2003.

[245] Corte Giust. UE, 8 ottobre 1987, causa C- 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, in Racc. 3969, punto 13; Corte Giust. UE, 7 gennaio 2004, causa C-60/02, X, in Racc., punto 61; Corte Giust. UE 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi e a., in Racc., punto 74.

l'applicabilità dell'incidente probatorio nella fattispecie concreta. Considerato il ricorso all'istituto di cui all'art. 398 c.p.p. un mezzo idoneo al perseguimento degli obiettivi stabiliti dalla decisione quadro, la Corte ha dunque concluso nel senso che all'autorità giudiziaria italiana dovesse essere conferito il potere di consentire a bambini, che affermino di aver subito maltrattamenti, di testimoniare in condizioni che assicurino loro una tutela appropriata, come l'audizione delle giovani vittime al di fuori dell'udienza pubblica e in un momento ad essa anteriore[246].

È di tutta evidenza che dalla decisione in esame discendano effetti *in malam partem* ai danni dell'imputata, posto che, in ragione dell'interpretazione conforme alla decisione quadro sopra richiamata, l'ambito operativo dell'incidente probatorio è stato analogicamente esteso ad una fattispecie criminosa non contemplata tra le ipotesi tassativamente previste dall'art. 398 c.p.p. A giustificazione di tale attività ermeneutica di tipo analogico non può sostenersi – come invece ritenuto dalla Corte di Giustizia nel caso in esame – che le norme che regolano l'assunzione della prova e le modalità del procedimento, in quanto attinenti a profili meramente processuali, siano insuscettibili di incidere sulla responsabilità penale dell'imputata[247]. Questa visione a "a compartimenti stagni" avanzata dai giudici europei deve *naturaliter* ritenersi priva di un benché minimo fondamento, posto che il diritto penale "vive" nel processo e non è ad esso nettamente separato. I giudici europei, dunque, con la decisione in commento, sono giunti a modificare in senso peggiorativo una disciplina dettata a garanzia dell'imputato, come quella che nel processo

[246] Richiamando l'art. 6, par. 2, TUE, - in virtù del quale l'Unione Europea rispetta i diritti fondamentali previsti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati - la sentenza in commento, tuttavia, non ha mancato di sottolineare che le modalità di svolgimento della deposizione della vittima non devono porsi in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato membro coinvolto. Alla luce di quanto sopra, la Corte ha rilevato la necessità che venga rispettato in particolare il diritto ad un equo processo, così come previsto dall'art. 6 della succitata Convenzione e, a tale riguardo, ha precisato altresì che, nel caso de quo, è rimesso al giudice nazionale di valutare se l'incidente probatorio finalizzato ad assumere la prova anticipatamente e secondo modalità particolari non contrasti con la succitata norma, rendendo "iniquo" il processo penale intentato nei confronti della Sig.ra Pupino.

[247] La Corte di Giustizia afferma che «le disposizioni che formano oggetto della presente domanda di pronuncia pregiudiziale non vertono sulla portata della responsabilità penale dell'interessata, ma sullo svolgimento del procedimento e sulle modalità di assunzione della prova».

accusatorio vuole che la formazione della prova avvenga prevalentemente nel dibattimento, andando, per di più, ad incidere sui procedimenti pendenti.

Curioso che la stessa Corte di Giustizia UE precisa, con particolare riferimento alla materia penale, che l'obbligo del giudice nazionale di interpretare una legge interna di recepimento di una direttiva alla luce della lettera e dello scopo della stessa «incontra il limite dei principi giuridici generali che fanno parte del diritto europeo ed in particolare quelli della certezza del diritto e dell'irretroattività». Inoltre, «il principio che ordina di non applicare la legge penale in modo estensivo a discapito dell'imputato» è considerato dalla Corte «corollario del principio della previsione legale dei reati e delle pene, e più in generale del principio di certezza del diritto»[248].

La verità è che la Corte di Giustizia non conosce la distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia, ritenendo che l'ammissibilità o meno di una data operazione ermeneutica si fondi sulla prevedibilità dell'esito applicativo-giurisprudenziale a parità di testo normativo. Se così è, risulta ancora più duttile il *discrimen* tra interpretazione consentita ed analogia vietata poiché quello che in un determinato contesto storico non può essere prevedibilmente ricondotto allo spettro di una disposizione, in un diverso contesto situazionale potrebbe viceversa risultare prevedibile e rientrarvi.

5. Ancora sugli effetti riflessi. La preminenza del diritto dell'Unione europea e l'incidenza dell'ordinamento sovranazionale sugli istituti giuridici penali di diritto interno.

Sulla scorta del principio di *primautè* del diritto dell'Unione su quello nazionale[249], le norme europee tendono sempre più ad interferire, nella loro

[248] Corte Giust. UE, 12 dicembre 1996, Procedimenti penali contro X, C-74/95 e 129/95, in Racc., 1996, I, p. 6609. In questo senso, anche Corte EDU, 22 novembre 1995, SW/Regno unito e C. R./Regno Unito, in Pubblications de la Cour Europenne des Droits de l'Homme, 1995, serie A, n. 335-B, punto 35, e 335-C, punto 33; Corte EDU, 25 maggio 1993, Kokkinakis, in Pubblications de la Cour Europenne des Droits de l'Homme, 1995, Serie A, n. 260-A, punto 52.

[249] Tale principio, pur essendo uno dei principi fondamentali su cui poggia la costruzione europea, non trova esplicita formulazione all'interno dei Trattati, bensì nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. In base a tale principio, «le disposizioni del Trattato e degli atti delle

funzione regolativa di ampi settori della vita economica e sociale, con la sfera applicativa delle sanzioni, anche penali, degli Stati membri. In questa direzione, dapprima la giurisprudenza europea e successivamente anche la giurisprudenza costituzionale hanno riconosciuto che le disposizioni dei Trattati e degli altri atti istituzionali muniti di efficacia diretta nell'ordinamento interno hanno il duplice effetto di "paralizzare" – mediante la tecnica dell'interpretazione conforme[250] (ove possibile) e, in caso negativo, per il tramite dell'istituto della disapplicazione (*rectius*, non applicazione[251]) – qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, nonché di impedire per il futuro la valida formazione di atti normativi nazionali incompatibili con le norme dell'Unione.

L'ipotesi di conflitto più ricorrente consiste nel contrasto tra una fattispecie incriminatrice interna e una delle libertà sancite dal titolo IV del TFUE. Due solo le tesi proposte: secondo la prima, vi sarebbe assenza di tipicità[252], mentre la seconda impostazione – maggioritaria in dottrina – richiama l'istituto delle cause di giustificazione e, in particolare, l'art. 51 c.p.[253]

Gli argomenti addotti a sostegno di questa ultima teoria muovono da una visione dualistica degli ordinamenti, nazionali ed europeo, ricondotti ad unità per il tramite della antigiuridicità nel rispetto del principio di non

---

Istituzioni qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, 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 […] di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie» ed in conseguenza di ciò «ciascun giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva». Così, Corte Giust. UE, 9 marzo 1988, causa 106/77 (Amministrazione Finanze c. Simmenthal), in Racc., 1978, p. 643 s.

[250] Interpretazione conforme che, come sopra precisato, opera anche con riguardo alla normativa not self executing.

[251] Si è visto in precedenza che, nel caso in cui sia ravvisabile una antinomia che non sia superabile mediante lo strumento della interpretazione conforme, il giudice interno non deve applicare la norma interna contrastante con il diritto sovranazionale, salvi i c.d. controlimiti.

[252] RIZ R., *Diritto comunitario e diritto penale*, Cedam, Padova, 1984, p. 226 ss.; MANACORDA S., *Unione europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di sviluppo*, in *Studium Juris*, 1997, p. 955 ss.; DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 92 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, v. Cass. pen., Sez. III, 3 settembre 2008, n. 35562.

[253] PEDRAZZI C., *L'influenza della produzione giuridica CEE sul diritto penale italiano*, in ID., *Diritto penale*, I, Giuffrè, Milano, 2003, p. 451 ss.; A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983, p. 93 ss.; GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, p. 287 ss.

contraddizione. In altre parole, il divieto penale verrebbe scriminato da una norma europea che legittima quel comportamento. Tale impostazione è dovuta alla considerazione preliminare per cui la tipicità, in ossequio al principio di legalità che fa risedere nel solo Parlamento nazionale le scelte di penalizzazione, è appannaggio esclusivo del legislatore interno. Ed allora, poiché la descrizione del fatto tipico esprime la risoluzione di un conflitto di interessi che tiene conto di una serie di controinteressi strettamente connessi al bene giuridico tutelato, questi possono essere valutati dal solo legislatore interno, l'unico in grado di stabilire anche l'opportunità in termini di sussidiarietà delle scelte incriminatrici. L'antigiuridicità comporta invece la valutazione di controinteressi più lontani dal bene giuridico tutelato ma tangenti[254] e la cui valutazione può, pertanto, essere rimessa anche a fonti diverse, come quelle comunitarie, senza incontrare il limite della riserva assoluta di legge.

Altra parte della dottrina, al contrario, ritiene che il fenomeno sia riconducibile alla figura della atipicità: se la condotta è conforme a quanto disposto dalle norme europee, tale comportamento deve stimarsi lecito in quanto atipico. A sostegno della tesi della atipicità si può affermare che i rapporti tra ordinamento europeo e quello nazionale devono essere ricondotti al criterio della competenza, in virtù del quale, se il legislatore europeo pone dei precetti in determinate materie, il legislatore nazionale deve astenersi dal ridisciplinare le suddette materie che nel frattempo diventano europee. Da ciò scaturisce la conseguenza che, quando la norma UE rende lecita una determinata condotta, questa diventa l'unica norma vigente applicabile dal giudice. Ritenere invece che la condotta sia tipica ma giustificata comporterebbe una duplice valutazione (in contrasto con ragioni di economia processuale) che non compete al giudice perché quest'ultimo, nel considerare la condotta tipica, applica il diritto nazionale quando in realtà dovrebbe immediatamente ricorrere al diritto europeo[255]. «In questo senso la formula assolutoria il fatto non è previsto dalla

[254] PALAZZO F.C., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 168 ss.; INFANTE G., Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, p. 851 ss.

[255] Trib. Milano, 1° marzo 2001, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 2002, p. 361 ss., con nota di MAZZINI G., *Prevalenza del diritto comunitario e non obbligatorietà della legge penale: un rapporto interessante, ma non sostenibile*, nel sostenere la prevalenza del diritto europeo sul diritto nazionale,

legge come reato meglio di ogni altra asseconda […] l'esigenza di salvaguardare il rispetto del principio di effettività della normativa europea che il giudice nazionale è chiamato ad assicurare applicando una interpretazione per quanto possibile conforme ai precetti del diritto europeo»[256].

In tale prospettiva, che evidentemente antepone il diritto europeo a quello interno, è stato precisato che «sembra […] preferibile fare ricorso al meccanismo della causa di giustificazione quando il singolo possa considerarsi legittimamente autorizzato dalla normativa di fonte europea a tenere un determinato comportamento, che sia soltanto uno tra quelli contemplati dalla norma penale: la quale, appunto, abbia un'estensione maggiore (ad esempio il caso delle scommesse). Dovrebbe ricorrere invece l'altra eventualità – e pare dunque più opportuno parlare di incompatibilità in senso proprio (disapplicazione) – quando, essendo autorizzato a livello europeo esattamente lo stesso fatto oggetto del divieto penale, sia tale divieto a venire meno ed a perdere, relativamente al campo di applicazione della normativa europea, tutto il suo disvalore (ad esempio il caso delle regole tecniche)»[257].

5.1. La configurazione di cause di giustificazione da parte del legislatore europeo. Il caso Auer.

Una prima forma in cui si manifesta l'influenza della normativa europea sulla sfera di applicazione dei sistemi giuridici nazionali (c.d. effetti riflessi) si ha avuto riguardo alla configurazione, ad opera della normativa sovranazionale, di cause di giustificazione[258]. È indubbio che in tali casi, in forza del principio di

non ha applicato la norma incriminatrice interna in forza dell'art. 3 c.p., ovvero come limite alla obbligatorietà della legge penale che trova la sua fonte nel diritto internazionale.

[256] Cass. pen., Sez. III, 3 settembre 2008, n. 35562.

[257] MAZZINI G., *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 349 ss.

[258] Afferma GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, *Parte I, La fattispecie oggettiva*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 181 che si tratta di «quelle situazioni di fatto che escludono la rilevanza penale di un comportamento penale che altrimenti costituirebbe un reato». Come si è visto, sia i Trattati che il diritto europeo derivato introducono taluni diritti di libertà il cui esercizio può entrare in conflitto con talune disposizioni nazionali incriminatrici.

preminenza del diritto europeo e del dettato di cui all'art. 51 c.p.[259], l'esercizio del diritto riconosciuto dalla normativa europea prevarrà, paralizzando l'operatività della fattispecie penale interna che continuerà ad applicarsi in quelle ipotesi non scriminate dall'esercizio delle libertà introdotte dalla normativa sovranazionale. Nelle situazioni predette, dunque, l'intervento della normativa europea produce effetti favorevoli per il destinatario della norma penale.

Un esempio in tal senso si ebbe con la nota sentenza Auer[260]. Il caso riguardava un signore di origini austriache, successivamente naturalizzato cittadino francese[261], il quale aveva conseguito la laurea in medicina veterinaria presso l'Università di Parma e l'abilitazione all'esercizio della professione di veterinario. Trasferitosi in Francia, aveva iniziato ad esercitare la professione nonostante gli fosse stata rifiutata l'iscrizione all'albo dell'ordine dei veterinari e, per tale motivo, era stato più volte processato per il reato di esercizio abusivo della professione.

In materia, il 18 dicembre 1978 il Consiglio della Comunità europea aveva adottato due direttive (78/1026/CEE e 78/1027/CEE) aventi ad oggetto, rispettivamente, il reciproco riconoscimento dei diplomi di veterinario e il coordinamento delle discipline nazionali regolanti l'accesso all'esercizio della professione. Nel corso di uno dei procedimenti la Corte di Appello di Colmar aveva sollevato una questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Lussemburgo, la quale però ebbe cura di segnalare al giudice francese che il termine di

[259] L'art. 51 c.p. è richiamato da PEDRAZZI C., *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, in CAPPELLETTI M.-PIZZORUSSO A. (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 622 ss.; LANZI A., *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 93 ss.

[260] Corte Giust. UE, 22 settembre 1983, causa 271/82, caso Auer, in Racc., p. 2739 ss. Cfr. anche Corte Giust. UE, 15 dicembre 1983, causa 5/83, Rienks, in Racc., 1983, p. 4243 ss.

[261] Nella sentenza in commento la Corte afferma la irrilevanza del momento o del modo di acquisto della cittadinanza di uno Stato membro ai fini della applicazione del diritto comunitario ad un soggetto se, nel momento in cui la norma sovranazionale viene invocata, questi possedeva la cittadinanza di uno Stato membro. Sotto altro profilo, i giudici europei hanno affermato la irrilevanza, ai fini della applicazione del diritto comunitario, del possesso della cittadinanza dello Stato membro di residenza se il medesimo soggetto possiede anche la cittadinanza di altro Stato membro. La competenza esclusiva del legislatore nazionale nel determinare i soggetti che godono della cittadinanza dello Stato in questione e la conseguente irrilevanza di qualsiasi ulteriore criterio (pur derivante dalla legislazione di altro Stato membro) diretto in qualche modo a «qualificare» la cittadinanza ai fini del riconoscimento di benefici previsti dalla norma comunitaria sono state ribadite da Corte Giust. UE, 7 luglio 1992, C-369/90, caso Micheletti, in Racc., p. I-4193 ss., e successivamente da Corte Giust. UE, 19 ottobre 2004, caso Zhu, in Racc., p. I-9925 ss.

attuazione delle direttive non fosse ancora scaduto e che ciò comportava che detta disciplina non fosse invocabile nel corso di quel procedimento[262].

Il Signor Auer venne chiamato nuovamente a rispondere del reato di esercizio abusivo della professione, questa volta dopo il termine fissato per l'attuazione delle direttive su citate[263]. In primo grado venne condannato ma la Corte di Appello di Colmar correttamente adì per la seconda volta la Corte di Giustizia UE, affinché questa riconoscesse se la normativa interna costituisse o meno una restrizione della libertà di stabilimento sancita dagli artt. 52 e 57 TCE nell'esigere da una persona già abilitata in un altro Stato membro una nuova iscrizione all'albo professionale quale condizione per l'esercizio della professione. Dalla risposta della Corte di Lussemburgo emergeva chiaramente che le direttive scriminavano la condotta del soggetto, attribuendo allo stesso il diritto di esercitare la professione di veterinario in tutti gli Stati membri una volta conseguita l'abilitazione, anche in uno solo di questi, che gli altri Stati sono tenuti a riconoscere[264].

Sulla base delle stesse direttive e alle medesime conclusioni, si è giunti in una sentenza italiana conclusasi con l'assoluzione dell'imputato perché il fatto non costituisce reato[265]. Le direttive configurano chiaramente una causa di giustificazione riconducibile nel nostro ordinamento all'art. 51 c.p.

---

[262] Corte Giust. UE, 7 febbraio 1979, causa 136/78, in Racc. 1979, p. 437 ss.

[263] 20 dicembre 1980.

[264] «La mancata iscrizione all'ordine nazionale dei veterinari non può impedire l'esercizio della professione né dar luogo ad un procedimento penale per l'esercizio della professione, quando l'iscrizione stessa è stata rifiutata trasgredendo al diritto comunitario».

[265] Pretore di Lodi, 17 maggio 1984, Rienks, in *Dir. com. scambi int*., 1984, p. 189 ss. Trib. Milano, 1 marzo 2001, ha negato la integrazione del reato di esercizio abusivo della professione di avvocato in Italia ai sensi dell'art. 348 c.p. da parte di un soggetto che aveva conseguito in Germania il titolo di Rechtsanwalt. Secondo i giudici milanesi infatti l'art. 348 c.p. costituisce una ipotesi di norma penale in bianco, rispetto alla quale assume valenza integratrice del precetto penale la disciplina comunitaria in materia che prevede il libero esercizio della professione di avvocato all'interno della CE, determinando la disapplicazione delle norme interne confliggenti. Per ulteriori esempi, v. MAZZINI G., *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 355 ss. il quale sottolinea le «potenzialità scriminanti» della produzione normativa europea, non esistendo nel nostro ordinamento impedimenti giuridici ostativi alla configurazione di una causa di giustificazione di ordine comunitaria.

5.2. Incompatibilità totale in **bonam partem.** *Applicazione in tema di immigrazione clandestina (il caso El Dridi).*

Vi sono casi in cui è la stessa incriminazione prevista dalla legislazione nazionale a risultare incompatibile con la normativa europea. Tale ipotesi è differente da quella precedentemente esaminata, ove la fattispecie incriminatrice continua ad applicarsi ad un ventaglio di situazioni che certamente è più limitato. Qui, invece, è proprio il precetto a contrastare con il diritto europeo, richiedendo pertanto il necessario intervento del legislatore nazionale per rimuovere la norma con esso incompatibile. In virtù del principio di *primautè* del diritto europeo, il giudice nazionale non potrebbe condannare l'imputato sulla base della norma non applicabile. In altre parole, se la norma che prescrive un dato comportamento è contraria al diritto europeo, non è punibile chi tale comportamento non abbia tenuto.

Un esempio di incompatibilità totale *in bonam partem* è offerto dal noto caso Ed Dridi[266] ove la Corte di Lussemburgo ha affermato che il giudice italiano è tenuto a disapplicare ogni disposizione del d.lgs., 25 luglio 1998, n. 286[267] contraria alla direttiva rimpatri[268] e, in particolare, l'art. 14, co. 5 *ter*, del T.U. sull'immigrazione che prevede il reato di inottemperanza, senza giustificato motivo, da parte dello straniero irregolare all'ordine di allontanamento emesso dal Questore[269]. Secondo i giudici sovranazionali la direttiva rimpatri[270] va interpretata nel senso che «osta ad una normativa di uno Stato membro, come quello dello Stato italiano, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione

[266] Corte Giust. UE, 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU (Hassen El Dridi).

[267] Così come modificata dal d.l. n. 89/2011 (convertito con Legge n. 129/2011, meglio nota come Legge Bossi-Fini).

[268] Si tratta della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione del 16 dicembre 2008 (2008/115/CE), recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

[269] Di cui all'art. 14, co. 5 bis, d.lgs. n. 286/1998.

[270] In particolare, gli artt. 15 e 16. La Direttiva rimpatri 2008/11/CE mira ad armonizzare la normativa degli Stati membri in materia di immigrazione e, in particolare, era tesa a bilanciare l'interesse di assicurare una efficace gestione del flusso migratorio e l'interesse a non compromettere i diritti fondamentali della persona. Questo bilanciamento si poteva realizzare favorendo l'allontanamento volontario dello straniero irregolare, piuttosto che l'espulsione coattiva vista come *extrema ratio* e comunque accompagnata da una serie di cautele (es. termini ampi e misure limitative della libertà personale meno incisive).

al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare[271] per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, pemane in detto territorio senza giustificato motivo».

Nello specifico, se è vero che la direttiva europea consente allo Stato di adottare tutte le misure coercitive indispensabili per eseguire la decisione di rimpatrio mediante l'allontanamento dello straniero[272], comprese misure di carattere penale, «atte segnatamente a dissuadere tali cittadini dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati», è vero anche che tali provvedimenti nazionali devono comunque risultare compatibili con il diritto dell'Unione, non potendo gli Stati «applicare una normativa, sia pure di diritto penale, tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile»[273].

Ora, tra le finalità proprie della direttiva rimpatri vi è senz'altro quella di garantire l'efficacia delle procedure di rimpatrio nel rispetto della tutela dei diritti fondamentali dello straniero (*in primis*, la sua libertà personale), in conformità ai principi di proporzionalità e di efficacia. Ciò sta a significare che la procedura di rimpatrio debba eseguirsi su base volontaria, attraverso una decisione che attribuisca allo straniero un congruo termine per lasciare il territorio nazionale, fatte salve le eccezioni espressamente stabilite dall'art. 7 della stessa direttiva. Qualora lo straniero non lasci spontaneamente il territorio nazionale entro il termine concessogli, ovvero sin dall'inizio non sia stato concesso alcun termine, lo Stato membro è tenuto *ex* art. 8 della Direttiva a procedere all'allontanamento, prendendo tutte le misure necessarie, comprese quelle coercitive (previste come *extrema ratio*), in maniera proporzionata e nel rispetto dei diritti fondamentali e

[271] La disciplina italiana in materia di immigrazione irregolare era stata modificata con la Legge Bossi-Fini il cui intento era di perseguire un notevole irrigidimento della disciplina in materia di immigrazione clandestina. Il legislatore italiano prevedeva come misura automatica l'espulsione in termini brevissimi, in particolare attraverso l'ordine di allontanamento del Questore al quale lo straniero doveva ottemperare entro 5 gg. In caso di violazione dell'ordine, venivano comminate allo straniero sanzioni molte severe, tra le quali figurava anche la pena detentiva.

[272] La direttiva rimpatri prevede che gli Stati membri possano adottare, ai sensi dell'art. 8, n. 4, le misure coercitive, come quella dell'accompagnamento coattivo alla frontiera previsto all'art. 13, comma 4, D.Lgs. n. 286/1998.

[273] Ovvero, la creazione in capo ai singoli di posizioni soggettive direttamente tutelabili davanti al giudice nazionale.

della dignità umana[274]. Alla luce delle predette considerazioni, non è consentito agli Stati membri, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo, prevedere ed irrogare una pena detentiva allo straniero che, non ottemperando all'ordine del Questore di lasciare entro 5 giorni il territorio nazionale, vi permanga.

L'accoglimento della tesi della incompatibilità totale determina il dovere[275] del giudice italiano di non applicare la fattispecie incriminatrice contenuta nell'art. 14 d.lgs. n. 286/1998[276] in ragione del rilevato contrasto con il diritto europeo. Ma, ci si chiede, sulla base di quale principio l'interprete è tenuto a disapplicare

[274] Più precisamente, possiamo parlare di un sistema "graduale" perseguito dalla UE: vi deve essere, cioè, una vera e propria gradualità, nel rispetto del principio di proporzione e dei diritti fondamentali. Quindi, occorre preferire, in primo luogo, il rimpatrio volontario a quello forzato ("considerando", par. 10), garantendo altresì: un periodo per consentire il medesimo rimpatrio volontario; una specifica assistenza e consulenza, sfruttando il fondo europeo per i rimpatri ("considerando", n.10); l'assistenza legale d'ufficio ("considerando", nn. 11 e 13, IV comma). Il periodo ove effettuare la partenza volontaria, invece, può non essere concesso, od essere concesso per un termine più breve di 7 giorni (art. 7, comma IV della direttiva) solo nel caso in cui vi sia il rischio che si perdano le tracce del soggetto ("rischio di fuga") o se la persona costituisca un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale. A contrario, una pena detentiva, che implica la permanenza del cittadino straniero nel territorio nazionale, ritarda l'esecuzione della procedura di rimpatrio e, quindi, ritarda l'effetto utile dell'espulsione. Dunque, occorre ricorrere, scaduto il termine di allontanamento volontario, alle misure coercitive *ex* art.8 n.4 della Direttiva (come l'accompagnamento coattivo alla frontiera). Qualora tali misure non siano efficaci rispetto all'obbiettivo posto dal paragrafo n.52, lo Stato potrà applicare misure penali nei confronti dei cittadini irregolari. Ciò premesso, si comprende meglio la *ratio* per cui l'art.14, V comma ter, del T.U. Immigrazione sia stato riformato dal d.l. n.89 del 2011, con la multa in luogo della reclusione. Per quanto concerne il rispetto dei diritti fondamentali dello straniero, la sentenza El Dridi, al paragrafo n.33, afferma che la Direttiva rimpatri "non permette agli Stati membri di applicare norme più severe nell'ambito che essa disciplina". La Direttiva consente il "trattenimento" dello straniero irregolare in centri di permanenza temporanea, solo ed unicamente al fine di "preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento". Questa misura è soggetta ai presupposti oggettivi del pericolo di fuga o della sussistenza oggettiva di condotte poste in essere dall'agente al fine di impedire il proprio rimpatrio. I termini non devono essere superiori ai sei mesi, prorogabili per un massimo di ulteriori dodici. Essa è comunque una misura diversa dalla reclusione in carcere.

[275] La pronuncia pregiudiziale della Corte di Lussemburgo resa ai sensi dell'art. 267 TFUE ha un valore generale e vincola non solo il giudice a quo, ma anche tutti i giudici nazionali nonché la pubblica amministrazione nel suo complesso. Cfr. TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2010, p. 347 ss. Corte cost., 23 aprile 1985, n. 113; Corte cost., 13 luglio 2007, n. 284, secondo cui «le statuizioni della Corte di giustizia delle Comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni»; Corte giust., 22 giugno 1989, causa 103/88, Costanzo.

[276] Secondo Cass., sez. I, 28 aprile 2011, n. 22105, in *www.penalecontemporaneo.it*, le conclusioni raggiunte dalla sentenza della Corte di Giustizia valgono, *a fortiori*, per il reato previsto dall'art. 14 comma 5-quater d.lgs. n. 286 del 1998, il quale deve essere disapplicato perché contrario al risultato che la direttiva rimpatri intendeva perseguire. Precisandosi poi che l'esistenza di una causa di inammissibilità della impugnazione non implica che il ricorso debba essere rigettato; e pertanto, nella specie, la Corte ha adottato, sebbene l'imputato avesse rinunciato al ricorso, un dispositivo di annullamento senza rinvio della decisione impugnata.

la disciplina interna? Al riguardo, la giurisprudenza di merito maggioritaria ha concluso nel senso di ritenere operante il principio secondo cui *lex posterior derogat priori*, considerando tale situazione assimilabile al fenomeno dell'abolizione di una figura di reato. Dunque, seguendo questa impostazione, la «legge posteriore» cui l'art. 2, co. 2, c.p. fa riferimento deve essere individuata nella norma comunitaria dotata di effetto diretto e di rango sovraordinato rispetto alla legge nazionale[277]. La tesi in parola non può dirsi condivisibile in quanto, pur non essendo contestabile che il "fatto non è più previsto dalla legge come reato", ciò non discende dalla circostanza che si è verificata una *abolitio criminis*, ovvero una abrogazione di una norma incriminatrice sulla base del criterio cronologico della *lex posterior*.

Degna di nota è invece l'impostazione secondo cui il "fatto non è più previsto dalla legge come reato" perché «la norma incriminatrice non è al momento applicabile (è quiescente), prevalendo su di essa la norma comunitaria incompatibile»[278]. In altri termini, il criterio risolutore dell'antinomia tra norma nazionale e norma europea non è quello cronologico condiviso dai giudici di merito, bensì il principio di retroattività della *lex mitior* fondato sul principio della supremazia del diritto dell'Unione su quello interno degli Stati membri (*lex superior derogat inferiori*) che, peraltro, trova la sua consacrazione positiva a livello internazionale e comunitario. Conseguentemente, non dovrà farsi applicazione

[277] Trib. Ravenna, sez. pen., 9 maggio 2011, giud. Massini D'Agostini; Trib. Bari, sez. dist. Altamura, 10 maggio 2011, giud. Galesi; Trib. Bologna, 16 maggio 2011, giud. Castore (che parla di una "sorta di abolitio criminis"). E pure nella giurisprudenza di legittimità si è affacciata l'idea che l'effetto sia «paragonabile a quello della legge sopravvenuta [...] con portata abolitrice della norma incriminatrice». In tal senso, cfr. Cass., sez. I, 28 aprile 2011, n. 22105.

[278] Così GAMBARDELLA M., *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva "rimpatri") nell'ordinamento italiano*, 2011, in *www.penalecontemporaneo.it*. L'Autore precisa che «In definitiva, lo strumento giuridico per comporre l'antinomia tra norma comunitaria e norma interna è costituito dalla immediata disapplicazione (o non applicazione) di quest'ultima a vantaggio della prima. Designando con il termine disapplicazione un meccanismo di risoluzione di conflitti tra norme fondato sul principio della gerarchia delle fonti, in virtù del quale la norma che deriva dalla fonte di grado superiore prevale su quella di grado inferiore (lex superior derogat inferiori). […] il criterio del primato della norma comunitaria non conduce all'annullamento della norma incriminatrice confliggente con la norma comunitaria sovraordinata, bensì soltanto alla sua disapplicazione da parte del giudice nazionale, a cui pertanto è affidato una sorta di controllo diffuso sulla conformità del diritto interno al diritto comunitario. Attraverso il meccanismo della disapplicazione s'impedisce, allora, alla norma incriminatrice di produrre i suoi effetti, se ne paralizza l'operatività. Non si incide, invece, sulla sua validità. E pertanto se si procedesse in futuro alla abrogazione della direttiva mediante un atto comunitario, l'incriminazione riprenderebbe a spiegare i suoi effetti (riacquisterebbe efficacia)».

della disciplina intertemporale dettata all'art. 2 c.p., quanto piuttosto del principio della retroattività della legge più favorevole così come consacrato a livello internazionale ed europeo[279]. In particolare, per quanto riguarda i processi penali pendenti, l'applicazione del principio in parola conduce all'immediato proscioglimento dell'imputato. Ma, secondo quale formula? Sul punto occorre distinguere: se la condotta è precedente al termine finale entro cui il nostro Stato avrebbe dovuto adeguarsi dal punto di vista normativo alla direttiva rimpatri (ossia, il 24 dicembre 2010), il giudice, *ex* art. 129 c.p.p., in ogni stato e grado del processo deve dichiarare immediatamente, anche di ufficio, che «il fatto non è più previsto dalla legge come reato»[280]; se l'inosservanza dell'ordine del questore è iniziata successivamente al termine finale di adeguamento del 24 dicembre 2010, il giudice deve pronunciare immediata sentenza di assoluzione, ai sensi dell'art. 129 c.p.p., «perché il fatto non sussiste»[281].

Per quanto concerne poi le sentenze di condanna ormai irrevocabili, nella giurisprudenza di merito si è correttamente abbracciata la tesi che individua nell'interpretazione analogica dell'art. 673 c.p.p. lo strumento che consente la revoca delle sentenze di condanna passate in giudicato nel caso di inapplicabilità sopravvenuta della norma nazionale a seguito di una sentenza della Corte di giustizia che ne asserisca l'incompatibilità con la norma comunitaria; anche al fine di fornire una interpretazione costituzionalmente orientata alla disposizione che, altrimenti, sarebbe fortemente indiziata di incostituzionalità per contrasto con gli artt. 3, 11 e 117 comma 1 Cost. Revoca della sentenza di condanna che

[279] Come vedremo in maniera più approfondita nel prosieguo della trattazione, si tratta in particolare dell'art. 15 paragrafo 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (adottato a New York il 16 dicembre 1966, ed entrato in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978); dell'art. 49 comma 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (oggi espressamente richiamata dal Trattato di Lisbona); dell'importante sentenza "Scoppola" della Corte europea, la quale, disattendendo la giurisprudenza precedente, ha riconosciuto che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, all'art. 7, fa proprio il principio di retroattività della legge penale più favorevole; della giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite deve essere considerato parte integrante dei principi generali del diritto comunitario (Corte giust. CE, sent. 3 maggio 2005, Grande sezione, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, Berlusconi e altri, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2764 ss., con nota di G. INSOLERA-V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*.

[280] Ovvero con la stessa formula il giudice è tenuto a pronunciare l'assoluzione dell'imputato, *ex* art. 530 comma 1 c.p.p., per il normale esito del processo al compimento dell'attività dibattimentale.

[281] Oppure con la stessa formula assolvere l'imputato *ex* art. 530, co. 1, c.p.p.

può essere compiuta per mezzo di un provvedimento adottato *de plano* dal giudice dell'esecuzione, senza una previa udienza in camera di consiglio ai sensi dell'art. 666 commi 3 e 4 c.p.p.[282]

In conseguenza della decisione della Corte di Lussemburgo, con d.l. 23 giugno 2011 n. 89, convertito con modificazioni dalla legge 2 agosto 2011 n. 129, il legislatore italiano ha inteso uniformarsi ai dettami della direttiva rimpatri, introducendo significative innovazioni al sistema di esecuzione delle decisioni di rimpatrio emesse nei confronti dello straniero extracomunitario irregolarmente soggiornante nel territorio dello Stato. Tra le altre modifiche, il legislatore è intervenuto anche sui delitti di inottemperanza all'ordine di allontanamento puniti dall'art. 14 che la suddetta sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea aveva dichiarato illegittimo, in quanto la previsione di una pena detentiva a carico dello straniero inottemperante all'ordine risultava in contrasto con detta direttiva. Dunque, per rendere conformi le incriminazioni ai principi affermati in sede europea, il legislatore ha

[282] GAMBARDELLA M., *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva "rimpatri") nell'ordinamento italiano*, 2011, in *www.penalecontemporaneo.it* affronta poi il caso in cui la sentenza di condanna irrevocabile sia stata emessa dopo lo scadere del termine in cui doveva avvenire l'adeguamento dell'Italia alla direttiva "rimpatri" (il 24 dicembre 2010), ma prima della sentenza della Corte di giustizia che ha affermato l'incompatibilità del citato illecito penale con la direttiva "rimpatri": « Siamo di fronte ad un error in iudicando assorbito dal giudicato che limita la possibilità di revoca della sentenza definitiva ex art. 673 c.p.p.? Il giudice dell'esecuzione può cioè ancora revocare la sentenza di condanna, oppure l'errore di diritto del giudice della cognizione circoscrive ormai la revoca del giudicato? Senza poter qui approfondire tale complicato quesito, si può però brevemente osservare che il presupposto per la revoca della sentenza definitiva di condanna, ex art. 673 c.p.p., è che la innovazione legislativa, costituita qui dallo scadere del termine per applicare la direttiva, sia intervenuta dopo la commissione del reato; vicenda modificativa che impedisce alla classe di fatti penalmente illeciti, che contrastano con la direttiva comunitaria, di operare. Non è decisivo che l'abrogazione normativa sia avvenuta (o l'obbligo di disapplicazione della incriminazione sia sorto) prima o dopo la sentenza di condanna irrevocabile, decisivo è che l'abrogazione (o la disapplicazione) si sia configurata dopo la commissione del reato. A tal proposito, una chiara indicazione in questo senso proviene da quanto disposto dall'art. 2 commi 1 e 2 c.p.: se per una legge posteriore alla commissione dell'illecito penale "il fatto ... non costituisce reato", cessano l'esecuzione e gli effetti penali della condanna irrevocabile. L'art. 673 c.p.p. deve pertanto ritenersi applicabile nel caso in cui il fenomeno abolitivo sia intervenuto (o il dovere di disapplicazione si sia concretizzato) prima del passaggio in giudicato della sentenza, ma non sia stata rilevato dal giudice (finanche dal giudice di Cassazione); ovvero quando il giudice abbia espressamente escluso, in modo erroneo, che la modifica abbia comportato una abolitio criminis o un obbligo di disapplicazione della norma incriminatrice nazionale contrastante con la norma comunitaria».

riscritto le fattispecie incriminatrici di cui ai commi 5 *ter* e 5 *quater* dell'art. 14, sostituendo la pena della reclusione con quella della multa[283].

5.3. L'incompatibilità parziale. Il caso Trinca.

L'incidenza riflessa della normativa europea su quella interna è riscontrabile per il manifestarsi di profili di incompatibilità non soltanto totale ma anche parziale tra precetti comunitari e nazionali. Nel primo caso la norma comunitaria rende inapplicabile la norma penale in tutta la sua estensione, mentre nel caso di incompatibilità parziale si realizza una limitazione del campo di applicazione della legge interna.

Questo fenomeno è dovuto al ricorso alla tecnica legislativa della norma penale in bianco e alla frequente integrazione dei precetti penali ad opera di elementi normativi definiti da norme extrapenali di fonte comunitaria. Il fenomeno disapplicativo, che può verificarsi, per rispetto alla *ratio* garantistica del principio di legalità, soltanto allorché non influisca *contra reum*, è accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti[284]. La disapplicazione *in bonam partem*, infatti, è ritenuta ammissibile poiché tende ad un trattamento di favore restringendo l'ambito del penalmente rilevante, sicché non stride con l'assenza di potestà normativa penale dell'ordinamento comunitario.

Al contrario, non può dirsi lo stesso con riferimento alla disapplicazione *in malam partem*: si è detto più volte che, nei casi di contrasto tra la normativa penale nazionale e le istanze comunitarie di tutela, la Corte di Giustizia ha

[283] La pena pecuniaria, in caso di violazione dell'ordine del Questore, costituisce un deterrente per la presenza irregolare sul territorio nazionale, nell'ambito delle misure, anche penali, volte all'esecuzione del provvedimento di rimpatrio, ferme restando quelle già previste dell'accompagnamento coattivo, del trattenimento nel CIE e dell'intimazione del Questore. Inoltre, sempre nell'ottica di favorire l'effettivo espatrio dello straniero espulso, è previsto che in caso di espulsione effettivamente eseguita il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere, fatto salvo un nuovo esercizio dell'azione penale nel caso in cui lo straniero rientri illegalmente nel territorio dello Stato (comma 5 septies).

[284] Per tutte, CGUE, 3 maggio 2005, in *Foro it*., 2005, VI, p. 285 secondo cui «qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza ha non solo l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli», ma anche il correlativo obbligo di «disapplicare immediatamente e direttamente le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria»

escluso che una direttiva possa avere «come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge 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»[285]. L'omissione di tutela dà luogo, in tali ipotesi, ad una responsabilità dello Stato inadempiente, senza alcuna possibilità per la fonte comunitaria di sostituirsi a quella interna.

Se l'ordinamento dell'Unione europea non può introdurre direttamente nuove fattispecie incriminatrici, allo stesso modo non può ampliare la sfera di operatività di un precetto penale, poiché altrimenti opinando si creerebbero nuovi fatti di rilevanza penale che sfuggono alla scelta di politica criminale del legislatore interno. Dunque, pur in presenza di un contrasto tra la norma comunitaria e la norma interna, il giudice penale non può disapplicare la seconda a vantaggio della prima, in quanto in tal modo di fatto gli organi dell'Unione europea emanerebbero norme incriminatrici di diretta applicazione. Inoltre, l'istituto della disapplicazione, in tesi generale, secondo la giurisprudenza europea va incontro ad un limite, che è quello della osservanza dei principi generali dell'Unione, tra cui vi sono quei principi, come quello di riserva di legge statale in materia penale, comuni a tutti gli Stati membri.

Siffatta conclusione, tuttavia, non è stata condivisa dalla giurisprudenza nazionale ed europea in alcune occasioni, tra le quali spiccano il caso Trinca e il caso Taricco per le loro conseguenze dirompenti. Nel primo caso la Corte di Cassazione nel 2011 ha ritenuto di poter disapplicare, con evidenti effetti *in malam partem*, la normativa nazionale nella parte in cui prevede una percentuale di tolleranza sul pescato, al di sotto della quale non si configura il reato di cui alla legge 14 luglio 1965, n. 963.

Ma veniamo con ordine. Questa vicenda aveva ad oggetto la vendita da parte di un fornitore (il Sig. Trinca) di due esemplari di tonno rosso di dimensioni inferiori a 80 cm e di peso inferiore a 10 Kg. Il fatto, come si è detto, è previsto

[285] C. Giust. CE, 16 giugno 2005, n. 105, in *Foro it.*, 2006, IV, p. 585 ss. con riferimento alle decisioni quadro; ID., 3 maggio 2005, n. 403, *ivi*, 2005, IV, p. 285 ss.; ID., 11 novembre 2005, n. 457, in *Nuovo dir.*, 2005, p. 390 ss.; ID., 9 settembre 2003, n. 198, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. Proc.*, 2004, p. 334 ss.; ID., 26 settembre 1996, n. 168, in *Dir. Pen. Proc.*, 1998, p. 307 ss.; ID., 8 ottobre 1987, n. 80, in *Giust. Civ.*, 1989, I, p. 3 ss.; ID., 11 giugno 1987, n. 14, in *Riv. Giur. Ambiente*, 1987, p. 382 ss.

dalla legge n. 963 del 1965 in materia di pesca marittima che, nel combinato disposto dei suoi art. 24 comma 1 e art. 15 lett. comma 1 lett. c) [286], punisce alternativamente con l'arresto o con l'ammenda chi pesca, detiene, trasporta e commercia il novellame di qualunque specie vivente marina. La definizione di novellame – ovvero gli esemplari di una specie marina non arrivati all'età adulta – era stata demandata dal legislatore del 1965 ad una serie di atti sublegislativi; inoltre, il regolamento di attuazione della normativa nazionale, emanato in chiave di specificazione tecnica, prevedeva che per ogni specie sul totale catturato fosse tollerata la presenza di non più del 10% calcolato sul peso e, ove possibile, sul volume, di esemplari aventi dimensioni inferiori a quelle previste[287].

Una serie intricata di regolamenti comunitari si sono succeduti nel tempo in materia di pesca marittima; in particolare, la normativa comunitaria *in tema di tonni rossi* vigente al momento della commissione dei fatti (Reg. Ce n. 51/2006

[286] Più dettagliatamente, l'art. 15 c. 1 lett. c) della legge citata prevede il fatto del reato: «Al fine di tutelare le risorse biologiche delle acque marine ed assicurare il disciplinato esercizio della pesca, è fatto divieto di […] c) pescare, detenere, trasportare e commerciare il novellame di qualunque specie vivente marina oppure le specie di cui sia vietata la cattura in qualunque stadio di crescita, senza la preventiva autorizzazione del Ministero della marina mercantile», mentre l'art. 24 c.1 della stessa legge stabilisce la pena ad esso ricollegata: «Chiunque violi le disposizioni dell'articolo 15, lettera c), è punito, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, con l'arresto da un mese ad un anno o con l'ammenda da lire un milione a lire sei milioni».

[287] V. art. 91 d.p.r. 2 ottobre 1968, n. 1639., così come modificato dall'art. 1, d.m. 21 aprile 1983, emesso dal Ministro della Marina Mercantile e pubblicato in G.U. del 29 aprile 1983, n.116. La norma in esame, nella versione originaria pubblicata in G.U. del 25/07/1969, n. 188, si limitava a prevedere che «gli esemplari di pesci, crostacei e molluschi, di dimensioni inferiori a quelle stabilite negli articoli che precedono, eventualmente catturati» dovessero essere rigettati in mare e che tanto dovesse essere fatto con le femmine di astice e di aragosta, di qualsiasi lunghezza, recanti uova sotto l'addome. In precedenza, l'unico margine di tolleranza era previsto dall'art. 87 c. 2 del d.p.r. n. 1639/1968, che stabiliva che nel prodotto della pesca fosse tollerata «la presenza di pesci aventi dimensioni inferiori a non più del 10 per cento di quelle indicate al comma precedente». Precisano BOSI M.-SOTIS C., *Il bizzarro caso dei pesci "in malam partem". Osservazioni in tema di pesca del novellame sui rapporti tra disapplicazione dell'atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario*, in *www.penalecontemporaneo.it*, Che « la norma citata, come segnalato cursoriamente in molte delle sentenze in cui ci siamo imbattuti ha l'effetto di rendere nei fatti inapplicabile il reato previsto nella legge del 1965 poiché, come il pescato "scende a terra", un limite generale sul totale catturato posto in questi termini rende impossibile accertare che il singolo pesce o la singola cassetta trovata "fuori misura" costituisca o meno quantità maggiore o minore del 10% del totale catturato dal peschereccio da cui proviene». Ci si riferisce a Cass. Pen., Sez. III, 15 giugno 1998, n. 8790, Cass. Pen., Sez. III, 23 gennaio 2004, n. 8428 e Cass. Pen., Sez. III, 10 marzo 2005, n. 14281. In questi casi, la Suprema Corte ha affermato che la scelta di riferire la soglia di tolleranza all'intero pescato prima della sua distribuzione in commercio rende impossibile l'affermazione della penale responsabilità di colui che, avendo acquistato solo parte della partita, non può essere a conoscenza dei dati relativi al novellame complessivamente presente nel pescato. Ciò non si verificherebbe solo nell'ipotesi, del tutto inconsueta, in cui tutto il pesce catturato fosse stato consegnato ad un unico commerciante.

del 22.12.2005, all. III, parte D. 20)[288], oltre ad individuare le misure minime per la specie in 10 kg o 80 cm, escludeva espressamente l'ammissibilità di margini di tolleranza per la pesca di esemplari di tonno rosso sottomisura[289].

Giunto il caso dinnanzi alla Corte di Cassazione, i giudici di legittimità hanno ritenuto di non dover applicare la disciplina penale nazionale più favorevole perché in contrasto con il diritto comunitario che vieta la detenzione di novellame senza alcun margine di tolleranza[290]. Sul punto, la Corte ha precisato che, quando la normativa europea incide soltanto sulla mera specificazione di elementi della fattispecie già esaurientemente espressi e definiti nel nucleo significativo essenziale delle scelte valutative della legge penale[291] e tale specificazione tecnica di dettaglio si pone in conflitto con la normativa comunitaria in forma di incompatibilità evidente, il giudice è tenuto a non applicare la disposizione contrastante con quella di fonte comunitaria[292].

La disapplicazione della norma interna ha come inevitabile conseguenza la configurabilità, anche al di sotto del margine di tolleranza, della fattispecie di reato di cui alla L. 14 luglio 1965, n. 963[293]. Dunque, la sostituzione della normativa interna con quella comunitaria, come si è detto, opera *in malam partem (rectius*: ad effetto espansivo) [294].

---

[288] Il regolamento Ce citato dettava le "possibilità di pesca e le condizioni ad esse associate" valide per l'anno 2006 nelle acque comunitarie e per le navi comunitarie, in altre acque dove sono imposti limiti di cattura. Gli accertamenti della Capitaneria di Porto di Savona dai quali prendeva il via la vicenda Trinca si svolgevano in data 18.10.2006, e dunque in piena vigenza di tale regolamento.

[289] Più precisamente, la norma stabiliva al primo comma che «in deroga alle disposizioni dell'articolo 6 e dell'allegato IV del regolamento (Ce) n. 973/2001, la taglia minima per il tonno rosso pescato nel Mediterraneo è di 10 Kg o di 80 cm», ed al secondo comma che «in deroga alle disposizioni dell'art. 7, paragrafo 1 del regolamento (Ce) n. 973/2001, non è concesso alcun margine di tolleranza per il tonno rosso pescato nell'Atlantico orientale e nel Mediterraneo».

[290] Il contrasto con la normativa interna si manifesta sia rispetto al regolamento n. 51del 2006, che escludeva la possibilità di qualsiasi margine di tolleranza, sia rispetto alle disposizioni più recenti dei Regolamenti n. 643 del 2007 e n. 302 del 2009, che prevedono una diversa e, se ci è concesso l'ossimoro, più 'rigorosa tolleranza' per le catture accessorie.

[291] Precisa la Corte che la normativa italiana in tema di pesca «non ha carattere generico e non ha bisogno per concretizzarsi e divenire attuale, di essere necessariamente integrata dal contenuto di atti normativi secondari», che comunque non potrebbero porsi in contrasto con il dettato europeo.

[292] Cass. Pen., Sez. III, 3 luglio 2007, in *Riv. Pen.*, 2008, p. 834 ss.

[293] Cass. Pen., Sez. III, 3 luglio 2007, in *Riv. Pen.*, 2008, p. 834 ss.; Id. Sez. III, 15 febbraio 2007, in *C.E.D. Cass.*, rv. 236117; Id., Sez. III, 12 dicembre 2006, *ivi*, rv. 236251; contra, Id., Sez. III, 11 luglio 2007, *ivi*, rv. 237389; Id., Sez. III, 17 gennaio 2006, ivi, rv. 233555.

[294] Cass. Pen., Sez. III, 2 luglio 2009, in *C.E.D. Cass.*, rv. 244930; Id., Sez. III, 7 maggio 2009, *ivi*, rv. 244137; Id., Sez. III, 19 marzo 2009, *ivi*, rv. 243762; Id. Sez. III, 3 luglio 2007, *ivi*, rv.

Preso atto di quanto statuito dalla Corte di legittimità nel 2011, occorre allora chiedersi se, pur riconoscendo il carattere integrativo di una normativa tecnica europea rispetto al precetto penale nazionale, possa e debba essere assicurata la preminenza di un regolamento con evidenti effetti *in malam partem*. In altri termini, bisogna verificare la ammissibilità o meno delle conclusioni a cui sono pervenuti i giudici della Suprema Corte nel caso Trinca.

Al riguardo, in dottrina è stata avanzata la tesi secondo cui, per stabilire la legittimità delle ipotesi ad effetti espansivi nelle quali la normativa comunitaria, integratrice della norma incriminatrice nazionale, si sostituisca alla precedente disciplina (nazionale o comunitaria), oltre ad appurare la natura tecnica della disciplina integratrice, occorre anche valutare che la stessa sia stata emanata secondo lo stesso obiettivo e secondo i medesimi criteri tecnici di specificazione posti dalla legge nazionale. Pertanto, secondo l'opinione in parola, non basterebbe che la norma sia rispettosa del criterio di "sufficiente determinatezza" enucleato dalla Corte Costituzionale, in base al quale si ritiene rispettata la riserva di legge solo se l'atto rinviato si conformi ai presupposti, ai caratteri e ai criteri tracciati dalla legge. Questo perché, come è stato chiarito[295], se l'integrazione della norma incriminatrice da parte del diritto comunitario è assimilabile all'integrazione da parte degli atti nazionali sublegislativi, perché entrambi sono sprovvisti di competenza penale, tuttavia le due ipotesi sono anche profondamente diverse. Il diritto comunitario è infatti sovraordinato, e non subordinato, alla legge.

Ed allora, per aversi legittima integrazione ad effetto espansivo ad opera del diritto comunitario non basterebbe valutare la natura tecnica della normativa europea, occorrendo anche valutare se essa sia stata emanata secondo i medesimi criteri tecnici e obiettivi posti dalla legge nazionale o che comunque questi siano stati fatti propri da una legge nazionale vigente al momento della commissione dei fatti. Alla luce di quanto sopra, i fautori della tesi in esame, ravvisando tanto la immutata natura tecnica della normativa quanto il rispetto

237998; Id., Sez. III, 15 febbraio 2007, *ivi*, rv. 236117; Id., Sez. III 12 dicembre 2006, *ivi*, rv. 236251.

[295] Cfr. G. MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 371, amplius C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 214 ss.

dei criteri e degli obiettivi fissati dalla legge n. 963/1965, concludono in favore della legittima sostituzione della normativa sublegislativa nazionale da parte del regolamento europeo ad effetto espansivo, perché le condizioni in questo caso sarebbero soddisfatte. La legge quadro sulla pesca marittima n. 963 del 1965, nel demandare ad atti sublegislativi le specificazioni di tipo tecnico, pone all'art. 14 l'obiettivo a cui devono tendere tali misure tecniche, ovvero «garantire la tutela ed il miglior rendimento costante delle risorse biologiche del mare», mentre al successivo art. 32 è previsto che la normazione secondaria una volta emanata possa essere ulteriormente sostituita «al fine di adeguarla al progresso delle conoscenze scientifiche e delle applicazioni tecnologiche». Ora, è agevole constatare come il diritto comunitario si attenga agli stessi criteri e obiettivi non essendo immutato l'obiettivo e rappresentando in sostanza un adeguamento «al progresso delle conoscenze scientifiche e delle applicazioni tecnologiche» di cui all'art. 32.

Ad ogni modo, sia che si aderisca a questa impostazione, sia che ci si mantenga, invece, fedeli al canone in base al quale la normativa europea non può avere effetti *in malam partem*, resta il problema dell'ammissibilità del rinvio mobile o formale, contenuto nell'art. 32 della legge più volte citata. Le ricadute sul piano della legalità sono evidenti e basterebbe solo questo a paralizzare l'applicazione del regolamento comunitario.

La necessità che il rinvio ad una fonte diversa dalla legge, in caso di norma penale in bianco sia fisso[296], è sostenuto da più parti: pur nella consapevolezza che la tecnica di rinvio recettizio risulti in concreto poco efficace rispetto alle esigenze di aggiornamento continuo di talune materie, si ritiene che sia l'unica ammissibile in quanto conforme all'art. 25, co. 2, Cost.

È sufficiente accennare al fatto che tale tecnica di rimando ad altra normativa mal si presta ad essere utilizzata rispetto alle norme comunitarie a carattere tecnico, a causa dei frequenti mutamenti cui queste ultime sono di regola soggette. Tuttavia, rispetto alle norme comunitarie appena ricordate, ostico

[296] Il rinvio recettizio o fisso si ha nel caso in cui la norma rinviante faccia riferimento solo alla norma esplicitamente richiamata, cristallizzandone così il contenuto precettivo.

risulta altresì il ricorso al rinvio formale[297] sotto il profilo della legalità, in quanto si traduce in una sostanziale abdicazione del legislatore statale rispetto alla formulazione del precetto, stante la difficoltà per la legge nazionale di precisare i presupposti, il contenuto e i limiti delle norme integratrici CE di futura emanazione, dato che questi ultimi, diversamente dai regolamenti nazionali, non sono gerarchicamente subordinati alle fonti parlamentari interne[298].

5.4. Gli effetti in malam partem della sentenza Taricco.

Il caso Taricco ha determinato (e determinerà) effetti dirompenti nel nostro ordinamento in quanto nella pronuncia della Corte di Giustizia del 2015 la dicotomia effetti *in malam partem* e *in bonam partem* sembra saltare.

Nel caso in esame, una associazione a delinquere era finalizzata alla commissione di reati in materia di IVA, mediante il ricorso al meccanismo delle frodi carosello per l'importazione di bottiglie di champagne[299]. Il giudice di merito aveva sollevato questione pregiudiziale dinnanzi ai giudici di Lussemburgo ritenendo che gli artt. 160 ult. co. e 161 co. 2 c.p. - consentendo,

[297] Il rinvio formale si ha nel caso in cui la norma penale rinviante faccia riferimento alla disciplina contenuta sia nell'atto normativo richiamato sia nelle sue successive modificazioni, con conseguente adeguamento automatico dei contenuti precettivi della fattispecie penale alle norme extralegislative integratrici che si succedono nel tempo.

[298] BOSI M.-SOTIS C., *Il bizzarro caso dei pesci "in malam partem". Osservazioni in tema di pesca del novellame sui rapporti tra disapplicazione dell'atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario*, in *www.penalecontemporaneo.it*, precisano poi che «l'atto amministrativo che prevede margini di tolleranza irragionevoli e illegittimi dovrebbe essere disapplicato dal giudice penale per contrarietà alla legge, senza dover scomodare il diritto comunitario».

[299] A carico degli imputati è stato promosso, dinanzi al Tribunale di Cuneo, un procedimento penale con l'imputazione di aver costituito e organizzato, nel corso degli esercizi fiscali dal 2005 al 2009, un'associazione per delinquere allo scopo di commettere vari delitti in materia di IVA. Essi vengono infatti accusati di aver posto in essere operazioni giuridiche fraudolente, note come «frodi carosello» – che implicavano, in particolare, la costituzione di società interposte e l'emissione di falsi documenti – che avrebbero consentito l'acquisto di beni, segnatamente di bottiglie di champagne, in esenzione da IVA. Tale operazione avrebbe consentito alla società Planet Srl di disporre di prodotti a un prezzo inferiore a quello di mercato che poteva rivendere ai suoi clienti, in tal modo falsando detto mercato. La Planet avrebbe ricevuto fatture emesse da tali società interposte per operazioni inesistenti. Le stesse società avrebbero tuttavia omesso di presentare la dichiarazione annuale IVA o, pur avendola presentata, non avrebbero comunque provveduto ai corrispondenti versamenti d'imposta. La Planet avrebbe invece annotato nella propria contabilità le fatture emesse dalle suddette società interposte detraendo indebitamente l'IVA in esse riportata e, di conseguenza, avrebbe presentato dichiarazioni annuali IVA fraudolente.

per effetto di uno o più atti interruttivi, un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto della sua durata iniziale - finissero in sostanza col far beneficiare gli imputati di una impunità di fatto dovuta allo scadere del termine di prescrizione[300].

Ed allora, tenuto conto della complessità e la lunghezza dei procedimenti penali nella materia *de qua*, in questo tipo di casi l'impunità «costituirebbe in Italia non un'evenienza rara, ma la norma»[301], in violazione – secondo il giudice di merito italiano – degli artt. 101[302], 107[303] e 119[304] TFUE, oltre che dell'art. 158, par. 2, della direttiva 2006/112[305]. Il giudice del rinvio ha ritenuto che, qualora gli fosse consentito disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, sarebbe possibile garantire in Italia l'applicazione effettiva del diritto dell'Unione.

La Corte di Giustizia dell'Unione, adita dal giudice del rinvio italiano, nel 2015, con una sentenza inaspettata quanto rivoluzionaria, ha stabilito che nell'ipotesi in cui il giudice nazionale dovesse ritenere che dall'applicazione degli artt. 160 e 161 c.p. consegua, «in un numero considerevole di casi», l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una «frode grave» (perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva), si dovrebbe concludere nel senso che le misure previste dal diritto nazionale per combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari

[300] Il giudice del rinvio, infatti, aveva pronunciato sentenza di non luogo a procedere nei confronti di uno degli imputati, il sig. Anakiev, poiché i reati considerati risultano estinti per prescrizione nei suoi riguardi. Allo stesso tempo, il giudice di merito aveva ritenuto certo che tutti i reati, ove non ancora prescritti, lo sarebbero stati entro l'8 febbraio 2018, ossia prima che potesse essere pronunciata sentenza definitiva nei confronti degli imputati.

[301] Dall'ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia emerge che le disposizioni nazionali di cui trattasi, introducendo una regola in base alla quale, in caso di interruzione della prescrizione per una delle cause menzionate all'art. 160 c.p., il termine di prescrizione non può essere in alcun caso prolungato di oltre un quarto della sua durata iniziale, hanno per conseguenza, date la complessità e la lunghezza dei procedimenti penali che conducono all'adozione di una sentenza definitiva, di neutralizzare l'effetto temporale di una causa di interruzione della prescrizione.

[302] Le disposizioni italiane di cui trattasi autorizzerebbero indirettamente una concorrenza sleale da parte di taluni operatori economici stabiliti in Italia rispetto ad imprese con sede in altri Stati membri, con conseguente violazione dell'articolo 101 TFUE.

[303] Si ritiene che tali disposizioni sarebbero idonee a favorire determinate imprese.

[304] L'impunità de facto di cui godrebbero gli evasori fiscali violerebbe il principio direttivo, previsto all'articolo 119 TFUE, secondo cui gli Stati membri devono vigilare sul carattere sano delle loro finanze pubbliche.

[305] Dette disposizioni creerebbero, di fatto, un'esenzione non prevista all'articolo 158, paragrafo 2, della direttiva 2006/112.

dell'Unione non possono essere considerate effettive e dissuasive in quanto in contrasto con l'art. 325, par. 1, TFUE, con l'art. 2, par. 1, della Convenzione PIF nonché con la direttiva 2006/112, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, TUE[306]. In tale evenienza, secondo la Corte di Lussemburgo, il giudice italiano sarebbe tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione disapplicando le predette disposizioni codicistiche, senza necessità di attendere un intervento legislativo in tal senso o un qualsiasi altro procedimento costituzionale.

Ci si chiede, a questo punto, quale sia l'estensione del compito assegnato dalla Corte di Giustizia al giudice italiano. Innanzitutto, occorre domandarsi se l'obbligo enunciato nel dispositivo della sentenza sia ristretto alla sola materia delle frodi o se, piuttosto, tenuto anche conto della formulazione dell'art. 325, par. 1, TFUE richiamato dalla stessa Corte, possa ritenersi esteso a qualsiasi reato tributario che abbia comportato l'evasione dell'IVA.

Ancora, cosa si intende per frode «grave» di cui parlano i giudici di Lussemburgo? Al riguardo, la Corte non fornisce alcuna indicazione di carattere quantitativo. Ed allora, quale soglia minima di gravità fa scattare l'obbligo di disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p.?

Last but not least, la Corte subordina l'obbligo in parola all'accertamento, da parte del giudice nazionale, che le disposizioni in parola determinino l'impossibilità di infliggere sanzioni effettive e dissuasive contro le frodi gravi «in un numero considerevole di casi». Vi è da chiedersi sulla base di quale parametro il giudice nazionale compirà tale accertamento: attraverso massime di esperienza oppure mediante una specifica attività istruttoria?

Peraltro, tali profili problematici non si porranno con riguardo alla imputazione per il reato di associazione per delinquere *ex* art. 416 c.p. finalizzata alla commissione di frodi in materia di IVA. Ciò in quanto una valutazione in termini di gravità della frode e di incidenza statistica della prescrizione in casi analoghi determinerebbe una evidente disparità di trattamento rispetto a fatti rientranti nell'alveo del reato di associazione finalizzata alla evasione delle

[306] La Corte di Lussemburgo ha così accolto le osservazioni dell'Avvocato generale Kokott la quale aveva avuto cura di precisare che, rispetto al caso Berlusconi, nei fatti oggetto di attenzione della Corte nel 2015 la norma nazionale ha natura processuale e non sostanziale. Ciò, secondo l'Avvocato, consentirebbe la disapplicazione della disposizione interna incompatibile con il diritto europeo.

accise in materia di tabacchi[307], per il quale non operano i tetti massimi di cui agli artt. 160 e 161 c.p.

L'obiezione principale che è possibile muovere a questa pronuncia della Corte attiene ai delicati rapporti tra primazia del diritto dell'Unione e principio di legalità, atteso che dalla sentenza in esame discendono con tutta evidenza effetti *in malam partem*. La normativa nazionale, infatti, indicando un tetto massimo in materia di interruzione della prescrizione, è senz'altro favorevole, consentendo in un breve arco temporale di addivenire ad una pronuncia assolutoria. Al riguardo, la Corte di Giustizia ha avuto premura di precisare che il principio di legalità in materia penale non è in alcun modo violato alla luce dell'art. 49 della Carta di Nizza, atteso che la materia della prescrizione del reato attiene alle condizioni di procedibilità del reato che, in quanto tali, non sono coperte dal principio del *nullum crimen*. Si tratta, in altri termini, di un istituto di carattere meramente processuale che, dunque, non comporta tutti i divieti al contrario previsto con riferimenti ad istituti di matrice prettamente sostanziale[308].

Peccato che la Corte Costituzionale italiana sinora abbia ritenuto diversamente, estendendo l'operatività del principio di legalità anche alla materia della prescrizione del reato, ritenuta di carattere sostanziale. Ed allora, potrebbe profilarsi la evenienza che in futuro i giudici di merito italiani sollevino questione di legittimità costituzionale per asserito contrasto con il principio di legalità inteso come controlimite alla spinta europea?[309] Si tratta di una partita ancora tutta da giocare.

---

[307] Art. 291 quater d.P.R. 23 gennaio 1943, n. 43.

[308] La Corte precisa poi che «con riserva di verifica da parte del giudice nazionale, la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all'occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell'Unione e quelli della Repubblica italiana. Una disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall'art. 49 della Carta. Infatti, non ne deriverebbe affatto una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale, né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto. Al contrario, i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste».

[309] In senso contrario, VIGANÒ F., *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 9 ss., che richiama il caso Melloni.

5.5. Retroattività della lex mitior vs. primautè *del diritto europeo. Il caso Berlusconi* vs. *il caso Niselli.*

La disciplina che regolamenta l'applicazione della legge penale nel tempo deriva da un coacervo di disposizioni normative non più soltanto nazionali, bensì anche europee ed internazionali in genere.

Volgendo lo sguardo al sistema italiano e rinviando per una più approfondita disamina della questione in ambito europeo al capitolo III della presente trattazione, l'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale scolpisce la regola universale della irretroattività della legge, valevole per tutti i rami dell'ordinamento. In materia di diritto criminale il fenomeno successorio riceve una più compiuta definizione nell'art. 2 c.p. che, dopo aver sancito al primo comma il principio di irretroattività della legge penale, nei successivi capoversi disciplina il principio di retroattività della legge penale favorevole, in quanto fondato sul *favor libertatis*: al cittadino deve essere assicurato il trattamento penale più mite tra quello previsto dalla legge vigente al momento della commissione del fatto e quello introdotto dalle leggi successive.

Tuttavia, mentre il principio di irretroattività, oltre ad avere una base legislativa "ordinaria"[310], è dotato anche di una esplicita copertura costituzionale all'art. 25, co. 2, Cost., del diverso e speculare principio della retroattività della legge più favorevole invece non si rinviene alcuna esplicita menzione nella Carta Fondamentale. Nondimeno, si ritiene che abbia comunque una copertura costituzionale, sebbene dottrina e giurisprudenza non siano concordi in ordine alla disposizione di riferimento: secondo una corrente minoritaria, la base normativa da cui desumere il principio della *lex mitior* è l'art. 25, co. 2, Cost.[311]; la dottrina maggioritaria[312] e la giurisprudenza costituzionale[313] (ed europea,

[310] Ci si riferisce all'art. 11 delle preleggi e all'art. 2, co. 1, c.p.

[311] V. per tutti GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. I, *La legge penale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 111 ss.

[312] FIANDACA G.-MUSCO M., *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Zanichelli, Milano, 2009, p. 86 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2011, p. 81 ss.; MARINUCCI C.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 101 ss.; PULITANÒ D., *Diritto penale*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 613 ss.; VASSALLI G., Abolitio criminis *e principi costituzionali*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 1983, p. 377 ss.

come si vedrà nel prosieguo della trattazione) ritengono che il fondamento costituzionale vada individuato nell'art. 3 Cost., vale a dire nel principio di uguaglianza.

L'adesione all'una o all'altra tesi non è priva di conseguenze sul piano pratico: fondare il principio della retroattività della *lex mitior* sull'art. 25 Cost. significa attribuirgli valore di principio assoluto, come tale insuscettibile di essere derogato a seguito del bilanciamento con altri valori costituzionalmente garantiti e, ovviamente, insuscettibile di cedere in favore del diritto dell'Unione, come al contrario vorrebbe l'applicazione del principio di *primauté* europeo. Accettando la tesi sposata dalla Corte Costituzionale, ovvero fondando il principio della retroattività della legge più favorevole sull'art. 3 Cost., significa invece ammettere che le deroghe in favore di altri principi siano ammissibili, che il principio in discussione sia cedevole rispetto ad altri. Peraltro, è la stessa Consulta a mettere in luce tali aspetti nel 2004: «il collegamento del principio della retroattività *in mitius* al principio di eguaglianza ne segna, peraltro, anche il limite: nel senso che, a differenza del principio della irretroattività della norma penale sfavorevole – assolutamente inderogabile – detto principio deve ritenersi suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli».

Condivisa l'impostazione prevalente che ravvisa nell'art. 3 della Carta Fondamentale il fondamento della retroattività della *lex mitior*, occorre domandarsi se debba essere il principio in parola a cedere rispetto all'applicazione della primazia del diritto europeo o se i termini del discorso debbano essere invertiti. Si tratta di affrontare quei casi in ci una norma nazionale interviene a modificare in senso favorevole una disciplina penale precedentemente in vigore nello Stato ponendosi in tal modo in contrasto con il diritto comunitario (oggi, europeo) direttamente efficace o direttamente applicabile.

---

[313] Il riferimento è alla nota sentenza Corte Cost., 26 novembre 2004, n. 364, in *www.giurcost.org*, (in materia di norme penali di favore), nella quale la Consulta ha individuato il fondamento della retroattività della *lex mitior* nel principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) «che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica mitigatrice».

In tali casi l'operatività dei principi sulla disapplicazione della norma interna per contrasto con il diritto dell'Unione porta invero ad effetti in malam partem nei confronti dell'imputato che, in conseguenza della disapplicazione, si vede sottoposto ad una disciplina di maggior rigore. Questa conseguenza favorevole pone quindi un problema di rispetto dei principi costituzionali di legalità, dei principi comunitari in materia e dei principi di diritto penale interno quali codificati dall'art. 2 c.p. in materia di successione di leggi penali nel tempo. Ancora una volta, risulta utile l'analisi di un caso giurisprudenziale particolarmente significativo, noto come l'*affaire* Berlusconi[314], scaturito da una modifica dell'art. 2621 c.c. (avente ad oggetto il reato di false comunicazioni sociali) ad opera del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, di riforma del diritto societario.

In particolare, per effetto del decreto delegato, si è assistito ad una scissione dell'originario testo di cui all'art. 2621 c.c., che prevedeva un reato contravvenzionale, in due distinte fattispecie incriminatrici, l'auna di natura contravvenzionale, tuttora prevista dalla predetta disposizione codicistica (rubricata ancora false comunicazioni sociali), e l'altra di natura delittuosa, inserita nel nuovo art. 2622 c.c. (rubricato false comunicazioni sociali in danno delle società, dei soci e dei creditori).

La novella, avendo un ambito applicativo più ristretto e dettando in sostanza una disciplina più favorevole rispetto alla disciplina anteriore, ha dato origine ad una ipotesi di successione di leggi penali con effetti favorevoli. Diversi imputati

---

[314] Corte Giust. CE, Grande Sez., 3 maggio 2005, in *Guida al dir.*, 20/2005, p. 105 ss., con nota di A. DI MARTINO, P*ossibile l'applicazione della pena più mite anche se affetta da illegittimità "europea"*. In dottrina, v. sul punto G. INSOLERA-V. MANES, *La sentenza della Corte di Giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 2764 ss.; S. RIONDATO, *Osservatorio della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. proc. Pen.*, 2005, p. 782 ss.; M. D'AMICO, *Il* favor rei *fra legislatore nazionale e vincoli comunitari*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 177 ss.; G. INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. proc. Pen.*, 2007, p. 671 ss.; IZZO, *La Corte di Giustizia sul falso in bilancio richiama i giudici al rispetto di principi fondamentali*, in *Il Fisco*, 2005, p. 4746 ss.; MAIELLO V., *Il rango della retroattività della l*ex mitior *nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv. dir. proc. Pen.*, 2008, p. 1614 ss.; V. MANES, *L'applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo* multilevel, in *Quad. cost.*, 2/2007, p. 374 ss.; E. MEZZETTI, *Il falso in bilancio fra Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana (passando attraverso i principi supremi dell'ordinamento costituzionale)*, in *www.giurcost.org*; NEBBIA, *Diritto comunitario e sanzioni penali per violazione delle norme di bilancio: il caso Berlusconi*, in *Giur. It.*, 2006, p. 293 ss.; V. ONIDA, *Quando il giudice decide a metà*, in *Il Sole 24 Ore*, 4 maggio 2005; G. SALCUNI, *Il "canto del cigno" degli obblighi comunitari/costituzionali di tutela: il caso del falso in Bilancio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 93 ss.; R. BIN-G. BRUNELLI- A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Giappichelli, Torino, 2005.

del reato di false comunicazioni sociali, pur avendo commesso i fatti sotto la vigenza dell'originario art. 2621 c.c., avevano chiesto di beneficiare della disciplina novellata nel 2002 in ossequio al principio di retroattività della *lex mitior*, applicato il quale le condotte poste in essere non avrebbero più avuto rilevanza penale[315].

Tuttavia, si è dubitato della legittimità della nuova normativa in quanto ritenuta inidonea a fornire una efficace tutela ai beni giuridici comunitari, rispetto ai quali precisi obblighi in tal senso sono imposti in capo agli Stati membri. Ciò ha portato taluni giudici di merito a sollevare questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Lussemburgo per asserito contrasto della riforma con la prima direttiva 68/151/CE e con la quarta direttiva 78/660/CE[316].

---

[315] In particolare si rilevava che, anche ipotizzando che i nuovi artt. 2621 e 2622 c.c. fossero incompatibili con la prima e quarta direttiva sul diritto societario, comunque sarebbe stato escluso che, in mancanza di una disposizione penale dell'ordinamento nazionale vigente, gli imputati potessero essere perseguiti e potessero essere loro inflitte sanzioni diverse e più severe in base alle predette direttive. A ciò sarebbero ostati infatti i principi enunciati dalla stessa Corte di Giustizia per i quali le direttive comunitarie non potrebbero mai di per se stesse creare obblighi in capo ad individui e mai per il solo effetto di una direttiva e indipendentemente da una legge interna che la attui, si potrebbe determinare o aggravare la responsabilità penale delle persone che agiscono in violazione delle suddette disposizioni. Inoltre, avrebbe ostato a un simile trattamento penale deteriore il principio dell'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole, indicato come uno degli aspetti del principio di legalità, tale da costituire un diritto fondamentale dell'ordinamento comunitario. Oltre a ciò si evidenziava l'irrilevanza della questione posta in relazione all'art. 2621 c.c., posto che si sarebbe trattato di norma non applicabile nei procedimenti pendenti.

[316] Con le ordinanze della Corte di Appello di Lecce, 7 ottobre 2002, in *Guida al dir.*, 2002, n. 45, p. 84 ss.; Trib. Milano, Sez. I, 26 ottobre 2002, in *Guida al dir.*, 2002, p. 93 ss.; Trib. Milano, Sez. IV, 29 ottobre 2002, in *Guida al dir.*, 2002, p. 97 ss. Su quest'ultimo provvedimento, cfr. MANES V., *Il nuovo «falso in bilancio» al cospetto della normativa comunitaria*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1216 ss. I giudici rimettenti vedevano l'interpretazione pregiudiziale della Corte di Giustizia come propedeutica per una successiva questione di legittimità avente ad oggetto proprio i due articoli 2621 e 2622 c.c. per contrasto con gli obblighi nascenti *ex* art. 117, co. 1, Cost. In particolare con le predette ordinanze era stato chiesto alla Corte di Giustizia se l'art. 6 della prima direttiva si applicasse non solo ai casi di omessa pubblicazione di comunicazioni sociali ma anche al caso di pubblicazione di comunicazioni sociali false; se i criteri di effettività, proporzionalità e capacità dissuasiva delle sanzioni dovessero valutarsi in relazione alla natura e al tipo di sanzione prevista in astratto oppure con riferimento alla sua concreta applicabilità tenuto conto delle caratteristiche strutturali dell'ordinamento giuridico cui afferisce; se i principi della quarta e settima direttiva sul diritto societario ostassero ad una disciplina nazionale che fissasse soglie al di sotto delle quali le informazioni inesatte sui conti annuali sarebbero divenute irrilevanti; se tali direttive ostassero ad una disciplina nazionale che escludesse la punibilità della pubblicità infedele di informazioni societarie ove le stesse fossero conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differissero da quelle reali in misura non superiore a una determinata soglia oppure non alterassero in modo sensibile la situazione patrimoniale e finanziaria; se le medesime direttive ostassero a una disciplina nazionale che prevedesse solo per i soci e i creditori sociali il diritto di chiedere la sanzione, così escludendo una tutela

Consapevoli che il diritto comunitario non può produrre direttamente effetti penali *in malam partem*, i giudici nazionali hanno proposto una operazione ermeneutica di questo tipo: il contrasto tra la nuova disciplina del falso in bilancio con le direttive comunitarie avrebbero determinato la disapplicazione delle nuove disposizioni e, di conseguenza, la reviviscenza del vecchio art. 2621 c.c. vigente all'epoca della commissione dei fatti di causa[317]. Nel caso in cui il legislatore nazionale abbia abrogato ovvero modificato una norma penale attuativa della fonte comunitaria, dettando una nuova disciplina incompatibile con il diritto sovranazionale, una parte della giurisprudenza interna sostiene che il giudice debba disapplicare la norma penale incompatibile con il diritto UE e applicare la previgente normativa attuativa della fonte sovranazionale, almeno con riferimento ai fatti commessi nella vigenza delle disposizioni conformi al diritto comunitario. In tal modo sarebbe stato rispettato sia il principio di riserva di legge statale (in quanto la punizione sarebbe avvenuta in base ad una legge statale e non direttamente del diritto comunitario), sia il principio di irretroattività (in quanto le condotte oggetto del giudizio erano state poste in essere nella vigenza della precedente formulazione dell'art. 2621 c.c.)

Con sentenza del 3 maggio 2005, la Corte di Giustizia, discostandosi dalle conclusioni rassegnate il 14 ottobre 2004 dall'Avvocato Generale Kokott[318], ha

---

generalizzata ed effettiva dei terzi; se le predette direttive ostassero a un meccanismo di perseguibilità e a un sistema sanzionatorio particolarmente differenziato a seconda che le violazioni fossero commesse oppure no in danno di soci e creditori; se le citate direttive fossero interpretabili nel senso della concreta tutela del bene collettivo della trasparenza del mercato societario, sotto il profilo della possibile estensione comunitaria dello stesso.

[317] L'abrogazione in toto ovvero la modificazione in parte di una norma punitiva attuativa dell'obiettivo posto dalla fonte europea determina la privazione dei caratteri della effettività, della proporzionalità e della dissuasività della normativa nazionale, necessari per il raggiungimento dell'obiettivo comunitario. Per risolvere situazioni di tal genere è affiorata in dottrina e in giurisprudenza la tesi secondo cui la legge interna abrogatrice, siccome affetta dal vizio di illegittimità comunitaria, dovrebbe venire caducata perché costituzionalmente illegittima, in forza dell'obbligo costituzionale del legislatore interno di esercitare la potestà legislativa nel rispetto dei vincoli ex art. 117 Cost. con reviviscenza della legge abrogata.

[318] Secondo l'avvocato generale Kokott, non si sarebbe trattato di fondare ex novo una responsabilità penale sulla base di una direttiva non trasposta o mal trasposta, ma di paralizzare il principio di retroattività della legge penale più favorevole, continuando ad applicare la normativa vigente al momento dei fatti, dato che gli stessi sono stati commessi in presenza di una fattispecie del tutto conforme alle indicazioni sovranazionali. L'avvocato generale ha affermato che «in un caso come quello di specie non può essere temuta una violazione del principio nullum crimen, nulla poena sine lege» e che «è decisiva la circostanza che in tutti questi casi i fatti nel momento in cui sono stati commessi erano punibili secondo il diritto nazionale». Sul punto, v.

respinto le questioni pregiudiziali sollevate dai giudici italiani. Secondo i giudici di Lussemburgo, «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 degli imputati»[319] che, nel caso di specie, facendo applicazione della normativa riformata, sarebbero destinatari di un trattamento più favorevole, sebbene contrario alla normativa comunitaria.

La conclusione logica di tale ragionamento ha condotto la Corte a dichiarare non ricevibile il ricorso presentato dai giudici italiani contro la nuova legge sul falso in bilancio, facendo chiaramente leva[320] sulla natura della direttiva come provvedimento incapace di porre obblighi per l'individuo. Il giudice sovranazionale ha così respinto il tentativo dei giudici nazionali di aggirare l'ostacolo rappresentato dal principio di riserva di legge statale attraverso la riviviscenza del vecchio art. 2621 c.c. (sotto la cui vigenza sono stati commessi i fatti) con conseguente applicazione di una sanzione penale manifestamente più pesante: una tale conseguenza contrasterebbe con i limiti stessi derivanti dalla natura stessa di qualsiasi direttiva che, come sopra detto, non può determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati[321].

Il giudice comunitario, inoltre, ha respinto l'interpretazione prospettata dai giudici nazionali richiamando anche il principio della retroattività della pena più mite che, secondo la Corte sovranazionale, appartiene alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, con la conseguenza che tale principio

---

Epidendio T.E., Diritto comunitario e diritto penale interno. Guida alla prassi giurisprudenziale, Giuffrè, Milano, 2007, p. 285 ss.

[319] Nello stesso senso v., in precedenza, C. Giust. CE, ord., 24 ottobre 2002, C-233/01, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. Proc.*, 2003, p. 585 ss.; Id., 29 aprile 2004, C-102/02, in *Cons. Stato*, 2004, II, p. 892 ss.; Id., ord., 4 maggio 2006 (proc. Riuniti C-23/03, C-52/03, C-133/03, C-337/03 e C-473/03), in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, p. 1312 ss.

[320] Lo si evince, in particolare, dal punto 73 della motivazione.

[321] Una eventuale declaratoria di non compatibilità della disciplina di interesse con le direttive UE in materia societaria avrebbe avuto proprio l'effetto di «escludere l'applicazione del regime sanzionatorio più mite previsto dai detti articoli. Infatti, dalle ordinanze di rinvio risulta che, se i nuovi artt. 2621 e 2622 c.c. dovessero essere disapplicati a causa della loro incompatibilità con il detto art. 6 della prima direttiva sul diritto societario, ne potrebbe derivare l'applicazione di una sanzione penale manifestamente più pesante, come quella prevista dall'originario art. 2621 di tale codice, durante la cui vigenza sono stati commessi i fatti all'origine delle azioni penali avviate nelle cause principali. Una tale conseguenza contrasterebbe con i limiti derivanti dalla natura stessa di qualsiasi direttiva, che vietano che una direttiva possa avere il risultato di determinare o di aggravare la responsabilità penale degli imputati».

debba essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento dell'Unione. Si tratta, certamente, di una affermazione di particolare interesse, soprattutto se confrontata con la posizione del giudice costituzionale italiano che, si ripete, è costante nell'affermare che il principio di retroattività della *lex mitior* di cui all'art. 2 c.p. non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 comma 2 Cost. in quanto la garanzia costituzionale, prevista dalla citata disposizione, concerne soltanto il divieto di applicazione retroattiva della norma incriminatrice nonché di quella altrimenti più sfavorevole per il reo. Da ciò discende che secondo la Corte Costituzionale eventuali deroghe al principio di retroattività della *lex mitior* ai sensi dell'art. 3 Cost. possono essere disposte dalla legge ordinaria quando occorre una sufficiente ragione giustificativa (v. C.C. 323/2006).

Gli esiti descritti (incompatibilità e conseguente disapplicazione della norma nazionale) possono consolidarsi solo se non comportino effetti *in malam partem*, secondo quanto chiarito dalla sentenza della Corte di Giustizia del 3 maggio 2005[322], dichiarando la insussistenza di tale conflitto che, ove affermato, avrebbe condotto al sindacato su una norma penale più favorevole. In altre parole, i giudici di Lussemburgo non hanno preso una posizione sulla esistenza o meno del contrasto tra la normativa interna e quella europea ma ha "aggirato l'ostacolo" affermando che, indipendentemente dalla adeguatezza i meno, dal punto di vista comunitario, delle sanzioni previste dalla legge italiana, il risultato sarebbe sempre stato lo stesso, ovvero la retroattività della *lex mitior*.

Certamente questa pronuncia rappresenta una novità nel panorama giurisprudenziale della Corte di Giustizia, atteso che in una sentenza di poco precedente a quella del 2005 sopra esaminata, i giudici di Lussemburgo avevano dichiarato l'art. 14 del d.l. n. 138/2002 in materia di rifiuti[323] in contrasto con la direttiva 75/442, ammettendo così la disapplicazione della normativa nazionale successiva incompatibile con la normativa comunitaria, con conseguente

[322] SALCUNI G., *Le false comunicazioni sociali: questioni di legittimità costituzionale e obblighi comunitari di tutela*, in MANNA A. (a cura di), *Diritto e impresa, un rapporto controverso*, Milano, 2004, p. 209 ss.

[323] Poi abrogato dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

riviviscenza della legge penale anteriore vigente al momento del fatto[324]. Nel caso Niselli, quindi, la Corte di Giustizia non aveva ravvisato alcuna contrarietà di tale meccanismo di riviviscenza della legge penale anteriore con il principio del *favor rei* e con il principio di legalità[325].

C'è tuttavia da fare una precisazione. Nel caso del falso in bilancio sopra esaminato si è verificata l'ipotesi in cui si sono succedute nel tempo più leggi penali di cui la successiva più favorevole è stata ritenuta contrastante con il diritto comunitario: in questo caso la normativa successiva ridisciplina interamente la fattispecie prevista da quella anteriore, con la conseguenza che ci si pone di fronte ad una alternativa secca: o si disapplica la normativa successiva determinando così una reviviscenza dell'intera disciplina previgente che non risultava più applicabile in forza della nuova, o si ritiene applicabile ugualmente la nuova normativa in forza di principi ritenuti prevalenti su quello di disapplicazione diretta, con eventuali problemi di legittimità costituzionale dell'assetto normativo così individuato.

In altre ipotesi, come nel caso Niselli, la modifica normativa (ritenuta contrastante con il diritto comunitario) riguarda singoli elementi integrativi della fattispecie penale la cui struttura resta intatta, cambiando soltanto la possibilità di sussumere in essa il fatto concreto in presenza di elementi aggiuntivi (previsti da una normativa successiva) i quali, ove presenti, impediscono di ravvisare il reato o consentono una disciplina penale di maggior favore.

Nello specifico, con riferimento al caso Niselli il previgente d.lgs. n. 22/1997 (meglio noto come decreto Ronchi), che aveva recepito le direttive n. 75/442 CEE e n. 689/91 CEE, prevedeva una serie di reati in materia ambientale che si caratterizzavano per punire condotte aventi per oggetto «rifiuti». Diventava

[324] Corte Giust. UE, 11 novembre 2004, n. 547, caso Niselli, in *Nuovo dir.*, 2005., p. 90 ss.

[325] La Corte di Cassazione, con riferimento alla materia di rifiuti, in alcune pronunce ava sostenuto che, nel caso in cui il legislatore nazionale abroghi ovvero modifichi una norma penale attuativa della fonte comunitaria, dettando una nuova disciplina incompatibile con il diritto sovranazionale, il giudice debba disapplicare la norma penale incompatibile con il diritto UE e applicare la previgente normativa attuativa della fonte sovranazionale, almeno con riferimento ai fatti commessi nella vigenza delle disposizioni conformi al diritto comunitario. Sul punto, v. Cass. Pen., Sez. III, 15 gennaio 2003, in *Riv. Pen.*, 2003, p. 726 ss.; Id., Sez. III, 27 novembre 2002, in *Amb. e sicur.*, 2003, p. 16 ss.; Id., Sez. III, 5 marzo 2002, in *Foro it.*, 2002, II, p. 673 ss.; *Contra* la giurisprudenza maggioritaria che affermava il carattere vincolante dell'art. 14, tra le altre: Cass. Pen., Sez. III, 2 ottobre 2003, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Id., Sez. III, 31 luglio 2003, in *Urb. E app.*, 2003, fasc. 11, p. 1358 ss.

quindi presupposto imprescindibile per la configurazione del reato ambientale che il bene oggetto della condotta potesse essere qualificato come rifiuto. Orbene, la normativa italiana aveva dettato una interpretazione autentica della nozione di rifiuto contenuta nel decret1o Ronchi).

La disposizione oggetto dell'attenzione della Corte di Giustizia, delimitando in senso restrittivo la definizione di rifiuto, perveniva ad una restrizione delle corrispondenti fattispecie incriminatrici che su tale nozione erano fondate[326]. Nel caso Niselli i giudici europei, ammettendo la disapplicazione della normativa italiana, hanno nella sostanza determinato un ampliamento delle condotte penalmente rilevanti fornendo la nozione comunitaria di "rifiuto" in opposizione alla interpretazione autentica data dal d.l. del 2002. Così facendo, la Corte di Giustizia aveva di fatto sostenuto che il principio di retroattività favorevole non fosse un ostacolo insormontabile al principio di prevalenza UE sul diritto interno[327].

---

[326] L'art. 14 del d.l. n. 138/2002 convertito nella legge n. 178/2002 prevedeva che i beni o sostanze e materiali costituenti «residui di produzione o di consumo» erano esclusi dal concetto di rifiuto «se gli stessi possono essere o sono effettivamente e oggettivamente riutilizzati nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo o di consumo», «senza subire alcun intervento preventivo di trattamento e senza recare pregiudizio all'ambiente [lett. a]» nonché «dopo aver subito un trattamento preventivo senza che si renda necessaria alcuna operazione di recupero tra quelle individuate [nel decreto legislativo n. 22/1997] [lett.b]». Simile interpretazione autentica della nozione di rifiuto risultava avere degli immediati effetti anche in campo penale, posto che impediva di ravvisare quei reati, previsti nello stesso decreto legislativo, che punivano condotte aventi per oggetto rifiuti quando oggetto della condotta, illecita secondo la normativa originaria, fossero i residui di produzione o di consumo reimmessi nel ciclo produttivo o destinati al consumo alle condizioni stabilite nel ricordato d.l. n. 138/2002. Conseguentemente, beni che soddisfacevano l'originaria definizione di rifiuto e che consentivano quindi la contestazione di reati che incriminavano condotte di cui costituivano l'oggetto materiale, sfuggivano a sanzione penale in base alla nuova normativa nel caso si trattasse di residui di produzione o consumo aventi determinate caratteristiche.

[327] La medesima questione, per contrasto con gli artt. 3, 25, 76 e 117 Cost., era stata anche direttamente sollevata innanzi alla Corte Costituzionale (Trib. Milano, 12 febbraio 2003, in *Guida dir.*, 2003, fasc. 10, p. 74 ss.; Trib. Melfi, 11 dicembre 2002, in *Nuovo dir.*, 2003, p. 291 ss.; Trib. Palermo, 20 novembre 2002, in *Guida dir.*, 2002, fasc. 48, p. 71 ss.), la quale, in una prima pronuncia, aveva dichiarato inammissibile la questione perché volta ad ottenere un intervento additivo in malam partem, precluso al giudice delle leggi dalla riserva assoluta di legge e, successivamente, aveva rinviato a nuovo ruolo il giudizio in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia e aveva poi restituito gli atti ai giudici remittenti a seguito delle modifiche normative apportate dalla L. 28 dicembre 2005, n. 262 (Rispettivamente, C. Cost., 1° giugno 2004, n. 161, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 1665 ss.; Id., 1° giugno 2004, n. 165, *ibidem*, p. 1727 ss.; Id., 24 febbraio 2006, n. 70, *ivi*, 2006, p. 662 ss.). Alcune sentenze successive alla pronuncia della Corte di Giustizia hanno affermato l'impossibilità per il giudice nazionale di disapplicare direttamente la norma interna e hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 citato per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost. (Cass. Pen., Sez. III, 14 dicembre 2005, in *Ragiusan*, 207, p. 206 ss.; Id., Sez. III, 13 maggio 2005, in *Urb. E app.*, 2005, fasc. 8, p. 986 ss.). A seguito della

Invece, come visto, nella sentenza del 2005 i giudici europei hanno ritenuto di doversi fare carico degli effetti della retroattività della *lex mitior*, per cui la legge penale sopravvenuta più favorevole deve essere applicata anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore, argomentando sul fatto che tale principio fa parte dei principi generali del diritto comunitario in quanto appartenete alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. La tesi affiorata in dottrina e in giurisprudenza la tesi secondo cui la legge interna abrogatrice, siccome affetta dal vizio di illegittimità comunitaria, dovrebbe venire caducata perché costituzionalmente illegittima, in forza dell'obbligo costituzionale del legislatore interno di esercitare la potestà legislativa nel rispetto dei vincoli *ex* art. 117 Cost., con reviviscenza della legge abrogata, secondo la Corte nella sentenza Berlusconi non è accoglibile perché – altrimenti opinando – travolgerebbe il principio della riserva statale in materia penale, attribuendo, contro l'art. 25 comma 2 Cost., una competenza penale alle fonti europee. La caducazione, invero, della norma interna abrogatrice farebbe rivivere una norma punitiva che il legislatore nazionale ha, nella sua discrezionalità legislativa in materia penale, cancellato dall'ordinamento. E questo effetto di reviviscenza sarebbe ricollegabile esclusivamente al dettame della fonte europea di obiettivo, cui non farebbe seguito però la indispensabile mediazione legislativa interna. A sostegno della tesi qui contrastata si è detto che il vuoto normativo, conseguente all'abrogazione, confliggerebbe con l'obbligo interno di attuazione dell'obiettivo comunitario, vuoto normativo del tutto simile alla situazione caratterizzata dalla vigenza di una legge interna contraria alla normativa comunitaria. Di qui

abrogazione della disposizione, il giudice delle leggi ha tuttavia ordinato la restituzione degli atti al giudice a quo, senza pronunciarsi sulla questione (C. Cost., 28 dicembre 2006, n. 458, in *Giur. cost*., 2006, p. 4626 ss.; Id., 14 luglio 2006, n. 288, *ibidem*, p. 2970 ss.). L'ottica propugnata dalla sentenza Niselli era quella di garantire il primato del diritto comunitario nel senso che, se nell'adottare una nuova legge penale più favorevole il legislatore nazionale viola i precetti del diritto comunitario, esso mette in pericolo l'unità dell'ordinamento giuridico di tal ché non vi sarebbe più motivo alcuno per derogare ad un principio fondamentale dello Stato di diritto quale quello della legalità della pena, dovendosi piuttosto dare attuazione al diritto comunitario, cui spetta il primato applicativo, con la conseguenza che, qualora le disposizioni nazionali siano in contrasto con il diritto comunitario, i giudici nazionali avrebbero dovuto garantire l'attuazione dei precetti del diritto comunitario, disapplicando tali disposizioni nazionali anche quando si tratti di leggi penali più favorevoli.

discenderebbe la non abrogabilità delle leggi attuative degli obiettivi comunitari[328].

5.6. L'influenza del diritto europeo sulle sanzioni penali previste negli ordinamenti nazionali.

Un fenomeno di incompatibilità, seppure impropriamente, può realizzarsi anche per via del conflitto che potrebbe intercorrere tra la norma comunitaria e la parte sanzionatoria del precetto penale, sì che il contenuto della pena, principale o accessorio, non può di conseguenza dispiegarsi interamente[329]. In altri termini, è possibile che gli effetti riflessi della normativa europea si riverberino esclusivamente sui profili sanzionatori (tipologia e misura) della disciplina penale, senza in alcun modo intaccare il contenuto precettivo della norma. Al riguardo, in dottrina si è distinto tra effetti che si producono, da un lato, sulle sanzioni che per il loro contenuto si contrappongono direttamente alle libertà riconosciute dai Trattati, dall'altro sulle sanzioni stabilite per la violazione di precetti il cui contenuto interferisca con la regolamentazione comunitaria.

Un esempio di effetti riflessi si ha con la previsione di misure di espulsione dello straniero[330]. Invero, nel caso in cui queste vengano applicate nei confronti di un cittadino di un altro Stato membro, è indubbio che interferiscano con le libertà fondamentali riconosciutegli dai Trattai, in particolare le libertà di circolazione e di stabilimento. Per far fronte a questa possibile incidenza è stata adottata la direttiva 64/221 concernente il «coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento ed il soggiorno degli stranieri giustificati da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica», in base alla quale si impone che eventuali misure che comprimano o limitino i diritti di

[328] Traccia del principio di non abrogabilità di tali leggi la si è voluta trovare nella sentenza della corte Costituzionale 7 febbraio 2000, n. 31, che ha dichiarato inammissibile il *referendum* abrogativo dell'intero TU immigrazione.

[329] In argomento, v. MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 75 ss.; GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale: i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 205 ss.

[330] Nel nostro sistema penale costituisce una misura di sicurezza.

soggiorno dei beneficiari debbano fondarsi su un «comportamento personale»[331] dell'interessato o non possano essere adottate per motivi di prevenzione generale né possano fondarsi sic et simpliciter su una precedente sentenza di condanna penale, qualora non si provi ad esempio una «tendenza a persistere» nel comportamento criminoso[332], anche se, ricorda la Corte di Lussemburgo, non può escludersi a priori che «la sola condotta tenuta in passato costituisca una minaccia per l'ordine pubblico»[333]. Tuttavia, ad eccezione di quest'ultima ipotesi, è necessario che il provvedimento si fondi su una valutazione attuale del comportamento del reo, comportamento che deve rappresentare «una minaccia effettiva e abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività»[334], non essendo sufficiente la causazione di una mera «perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge».

Su queste basi la Corte di giustizia ha ritenuto, nella sentenza Calfa[335], contrastante con la direttiva 64/221 l'espulsione a vita dal territorio greco «pronunciata in modo automatico, senza tener conto del comportamento personale dell'autore del reato, né del pericolo che esso costituisce per l'ordine pubblico».

Per quanto riguarda l'ordinamento penale italiano, è necessario ricordare che prima dell'entrata in vigore della legge 10 ottobre 1986, n. 663, il cui art. 31 ha abrogato l'art. 204 c.p. e stabilito che tutte le misure di sicurezza siano applicate sulla base di uno specifico accertamento di pericolosità sociale, la misura di sicurezza dell'espulsione viene impartita sulla base di una presunzione di pericolosità, addirittura essa conseguiva obbligatoriamente a talune condanne penali[336] dello straniero.

---

[331] Si rinvia a Corte Giust. UE, 26 febbraio 1975, causa 62/74 (caso Bonsignore c/ Stadt Köln), in Racc., 1975, p. 306 s.

[332] Corte Giust. UE, 10 febbraio 2000, causa c-340/97 (caso Nazli).

[333] Corte Giust. UE, 27 ottobre 1977, causa 30/77 (Regina c/ Boucherau), in Racc., 1977, p. 2012 ss.

[334] Corte Giust. UE, 18 maggio 1982, cause riunite 115 e 116/81 (Adoui et Cournaille C/ Belgio), in Racc., 1982, p. 1707 s.

[335] Corte Giust. UE, 19 gennaio 1999, causa c-348/96 (caso Calfa).

[336] Ad esempio si applicava a seguito di condanna alla pena della reclusione per un periodo non inferiore a 10 anni o in caso di condanna a pena detentiva per uno dei delitti previsti dal titolo I del libro II e, ancora, a causa della condanna per taluni delitti disciplinati dalla legge n. 685/75.

Questa disciplina si poneva in contrasto con la direttiva più volte citata, dal momento che essa prescrive all'art. 3 che la misura di espulsione non sia fondata esclusivamente su una precedente condanna penale. Se l'intervento legislativo ha eliminato l'aspetto di maggior contrasto della misura dell'espulsione dello straniero con la disciplina europea basando la stessa su un effettivo accertamento della pericolosità sociale, a parere della dottrina[337] sembrerebbe permanere un profilo di incompatibilità con la disciplina europea in quanto la pericolosità offre la misura della probabilità che il reo compia nuovi reati in futuro ma nulla dice circa l'efficacia destabilizzante dell'ordine pubblico del comportamento del colpevole, sicché al momento di procedere all'espulsione di un cittadino comunitario, secondo la dottrina che si cita, non basterà che il giudice accerti la pericolosità sociale del condannato come definita dal codice penale italiano, ma sarà necessario che il giudice assuma una nozione più restrittiva e pregnante di pericolosità, circoscritta alla probabilità della commissione di reati particolarmente gravi, tali da rappresentare una seria minaccia per uno dei fondamentali interessi della collettività[338].

Per quanto riguarda invece le sanzioni stabilite per la violazione di precetti il cui contenuto interferisce con la regolamentazione comunitaria, un primo limite alla discrezionalità degli Stati membri è dato dal fatto che la sanzione per la violazione delle prescrizioni che si collegano all'esercizio di un diritto riconosciuto dalla normativa comunitaria non può essere tale da costituire un ostacolo all'esercizio del diritto stesso[339], vale a dire tradursi in una negazione del diritto.

Dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia inoltre possono desumersi una serie ulteriore di limiti alla libertà degli Stati nella determinazione della sanzione costituiti dall'applicazione dei principi di proporzione e ragionevolezza e da quello di non discriminazione[340].

---

[337] GRASSO G., *Diritto penale e integrazione europea*, in GRASSO G.-SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 45.

[338] MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 75.

[339] In questo senso, GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale: i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 319 s.

[340] Corte Giust. UE, 18 maggio 1982, cause riunite 115 e 116/81 (Adoui et Cournaille c/ Belgio), in Racc., 1982, p. 1707 s.; Corte Giust. UE, 28 ottobre 1975, causa 36/75 (Rutili c/ Ministre de l'Interieur), in Racc., 1975, p. 1234 s.

La Corte ha ravvisato un contrasto con il principio di proporzione in quei casi in cui la sanzione appariva sproporzionata rispetto alla natura e alla gravità dell'infrazione[341], rivelandosi una interferenza eccessiva sul diritto riconosciuto dal diritto comunitario, lo stesso si avrebbe nel caso di un intervento sanzionatorio esorbitante rispetto ai fini perseguiti. Il terzo limite è tracciato dal principio di non discriminazione, che impone al legislatore di uno Stato membro di non porre a carico di cittadini di altri Stati membri sanzioni più gravi di quelle previste per i propri cittadini per infrazioni identiche o analoghe[342], tale previsione risulterà oltre che discriminatoria anche sproporzionata ed eccessiva.

Anche rispetto alle sanzioni, dunque, occorre chiedersi quali siano le conseguenze in caso di accertamento di un contrasto tra una sanzione penale e la normativa comunitaria, Giovanni Grasso propone di distinguere le ipotesi di un contrasto che coinvolga pene con carattere accessorio, da quelle invece che hanno ad oggetto pene principali.

Nel primo caso secondo l'autore il contrasto dovrebbe risolversi in favore della non applicazione della sanzione accessoria, in quanto non verrebbe preclusa la comminazione della pena principale connessa al reato. Nel secondo caso invece occorre verificare in prima battuta se l'esercizio del potere discrezionale consenta al giudice di evitare il contrasto con la disciplina sovranazionale, tale ipotesi è stata presa in considerazione dalla Corte di Lussemburgo in occasione della sentenza Sagulo, nella quale ha affermato che «qualora uno Stato non abbia adottato la propria legislazione alle esigenze derivanti in materia dal diritto comunitario, il giudice nazionale dovrà far uso della libertà di valutazione riservatagli al fine di pervenire all'applicazione di una pena adeguata alla natura e allo scopo delle norme comunitarie di cui si vuole reprimere l'infrazione».

[341] Così, ad esempio, in Corte Giust. UE, 3 luglio 1980, causa 157/79 (caso Regina c/ Pieck), in Racc., p. 2187; Corte Giust. UE, 25 febbraio 1988, causa 299/86 (caso Drexl).

[342] Si vedano le conclusioni dell'avvocato generale Trabucchi nella causa Watson e Belman, in Racc., 1976, p. 1207 ss. Il carattere sproporzionato ed eccessivo di una misura di controllo e della relativa sanzione può risultare proprio dall'avere il legislatore di uno Stato membro posto a carico dei cittadini di altri Stati membri di una sanzione più grave rispetto a quella prevista per i propri cittadini, tale previsione risulterà oltre che sproporzionata ed eccessiva anche discriminatoria.

Nel caso in cui il contrasto tra pena principale e regolamentazione europea non possa essere eliminato attraverso il normale uso del potere discrezionale attribuito al giudice si dovrà concludere ritenendo l'intera norma incriminatrice contraria al diritto comunitario e si dovrà procedere con la sua disapplicazione, non potendo il giudice applicare una pena diversa da quelle previste dal legislatore stante il principio di legalità che governa il sistema penale.

6. Dalla tecnica dell'assimilazione sino agli obblighi comunitari di tutela penale: la tutela indiretta dei beni giuridici europei ed il ruolo della Corte di Lussemburgo nella costruzione di un diritto penale europeo.

La necessità di garantire una protezione adeguata ai beni giuridici di matrice comunitaria[343] si scontrava inevitabilmente con l'inesistenza di un sistema penale europeo dovuto alla mancanza di attribuzioni alle istituzioni di competenze in materia penale[344]. In ogni caso, l'assenza di un autonomo sistema penale comunitario non ha determinato l'impossibilità per l'Unione europea di apprestare una qualche forma di tutela ai suddetti interessi. Nei paragrafi precedenti si è visto che tale protezione in parte viene garantita riconoscendo agli

[343] Vi sono (pochi) autentici beni giuridici propriamente europei. Questi ultimi sono rappresentati da quegli interessi di creazione legislativa europea in cui soggetto passivo è lo stesso apparato istituzionale (la c.d. P.A. europea), oppure beni di cui quest'ultimo ha la titolarità (le finanze, il c.d. bilancio europeo, la moneta unica), oppure ancora quel peculiare oggetto giuridico costituito dall'intervento regolatore dei pubblici poteri europei in ambito socio-economico. Non a caso la concorrenza viene annoverata tra le nuove oggettività giuridiche europee e così pure la tutela delle finanze pubbliche, le quali sono estese fino a ricomprendere quelle dell'Unione. L'adeguamento dell'ordinamento interno alle esigenze di tutela proprie del diritto europeo, che ha condotto all'inserimento, nel nostro sistema penale, di norme volte a tutelare le finanze comunitarie (artt. 640 bis e 316 bis e ter), sarebbe la riprova della tutela che l'ordinamento interno appresterebbe a "beni non propri". Le condotte fraudolente, infatti, non solo incidono negativamente sulle finanze delle istituzioni, ma frustrano altresì le esigenze che sottostanno alla corretta allocazione di tali risorse ovvero gli obiettivi di politica economica e sociale programmati in sede politica dalle autorità di governo dell'Unione e non invece dagli organi italiani.

[344] *Ad abundantiam*, si ripete che la configurazione del sistema penale di allora impediva il riconoscimento alle stesse di competenze penali: da un alto, il c.d. *deficit* democratico avrebbe impedito il rispetto del principio di legalità, costituente un principio fondamentale comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri; dall'altro si notava che l'impossibilità di configurare un sistema penale europeo si collocava più a monte nell'assenza di una base giuridica espressa nei Trattati, non potendo ritenersi sufficiente alla creazione di un sistema penale europeo il riferimento sic et simpliciter a "sanzioni" non meglio qualifiche contenuto nell'art. 172 TCE (art. 229 nella successiva numerazione).

organi comunitari il potere di comminare sanzioni amministrative con finalità punitiva, ma prive di carattere penale, originariamente limitate al settore della concorrenza[345] e successivamente estese alla tutela dei propri interessi finanziari[346].

Ciò posto, occorre analizzare le tecniche di tutela "sperimentate" dagli organi comunitari (e poi, europei) al fine di apprestare una protezione, non solo amministrativa ma anche di tipo penale, ai propri interessi[347]. Al riguardo è bene chiarire sin da subito che il permanere in capo agli Stati nazionali della competenza a legiferare in materia penale, con conseguente assenza di ogni possibilità tecnica per gli organi comunitari di incidere, in senso stretto, sulla suddetta materia[348], non ha impedito che il processo di integrazione investisse

[345] Ci riferiamo alle tradizionali "ammende" e "indennità di mora" previste, sulla base dell'art. 83 TCE, nei regolamenti CEE n. 11/60, 17/62 (modificati dal regolamento CE n. 1216/99), 1017/86, 4056/86, 4064/89.

[346] Le Comunità europee hanno infatti generalizzato il loro potere sanzionatorio attraverso l'uso con finalità afflittive di strumenti previsti originariamente, nella regolamentazione in materia di agricoltura e pesca, per finalità reintegrative nel patrimonio comunitario di sovvenzioni irregolarmente versate; tale operazione, contestata dalla Repubblica Federale di Germania, venne invece espressamente riconosciuta valida dalla Corte di Giustizia e000x art. 229 TCE (c. 240/90, 27 ottobre 1992, RFT c. Commissione, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1993, p. 739, con commento di GRASSO G., *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*). Sulla base di tale evoluzione venne adottato il Regolamento CE Euratom n. 2988/95 del Consiglio, del 18 dicembre 1995, "relativo alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee", che rappresenta la razionalizzazione codicistica di tale modello sanzionatorio. Su questo potere penale-amministrativo della Comunità v., per tutti, MAUGERI M.A., *Il regolamento 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 149 ss.

[347] Man mano che l'edificio europeo cresceva, si assisteva al sorgere di una serie di beni giuridici che apparivano meritevoli e bisognosi di tutela. Alcuni di questi erano collegati all'esistenza stessa delle Comunità, in quanto indispensabili all'esercizio delle competenze e dei poteri riconosciuti dai Trattati alle istituzioni comunitarie, altri invece erano connessi soprattutto all'instaurazione del mercato unico e alla regolamentazione di origine comunitaria di alcuni settore chiave dell'economia e di alcuni fenomeni con carattere transfrontaliero, come ad esempio l'immigrazione clandestina o la tutela dell'ambiente.

[348] Sul punto, v. BERNARDI A., *"Europeizzazione" del diritto penale commerciale?*, in *Riv trim. Dir. Pen. Ec.*, 1996, p. 9 ss.; BERNARDI A., *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, in *Ann. Dell'Università di Ferrara*, 1996, p. 74 ss.; GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 77 ss.; GRASSO G., *Il* "Corpus Juris" *e le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, in AA.VV., *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Milano, 1997, p. 3 ss.; MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3° ed., Milano, 2001, p. 61 ss.; MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea: sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli stati membri*, Cedam, Padova, 1994, p. 8 ss.; MEZZETTI L., *Quale giustizia per l'Europa?, Il "libro verde" sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di un pubblico ministero europeo*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 3955 ss.; VASSALLI, voce "Nullum crimen, nulla poena sine lege", in *Dig. Pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 317 ss. Per una diversa impostazione, v. RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea*, Cedam, Padova, 1996, p. 145 ss. e p. 241 ss.; RIONDATO

anche l'ordinamento penale, sebbene in via indiretta. Con tale espressione si intende far riferimento non alla possibilità delle istituzioni europee di punire direttamente ma di chiedere ai singoli Stati membri di farlo attingendo alle risorse sanzionatorie dei singoli ordinamenti nazionali[349].

Con il trascorrere degli anni si è progressivamente potenziato il c.d. "modello dell'affidamento"[350] della potestà punitiva degli Stati nazionali che viene, appunto, devoluto dalle istituzioni dell'Unione, per la tutela dei beni di matrice comunitaria. La Corte di Giustizia, preso atto della mancanza di protezione degli interessi europei dovuta alla scarsa attenzione da parte degli Stati membri, ha fatto ricorso alla interpretazione "creativa" delle norme, al fine di giungere ad una uniformità (o quantomeno, omogeneità) degli *standard* di tutela. Ciò è potuto accadere in ragione della peculiarità del sistema delle fonti del diritto europeo che, ancorché complesso e molteplice, risulta un *mixtum compositum* tra sistemi di *civil law* e di *common law*[351], nei quali il diritto derivato (tra cui le pronunce della Corte di Giustizia) ha forza di legge all'interno degli Stati membri. Nello specifico, l'esigenza di armonizzazione delle norme sanzionatorie nazionali, tra le quali vi sono anche quelle di diritto penale sostanziale, e il

---

S., *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia ("influenza", poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 TCE, questioni di costituzionalità),* in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1997, p. 1136 ss.

[349] L'adeguamento del diritto statale al diritto europeo, compiuto attraverso la mediazione necessaria del legislatore nazionale, avviene in funzione della tutela di interessi comunitari, ovvero di interessi generali, fondamentalmente comuni a tutti gli Stati membri.

[350] Per lungo tempo, la Corte di Giustizia ha individuato il fondamento giuridico del dovere per gli Stati membri di «adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario» nel principio di leale collaborazione, fissato dall'art. 10 TCE, con il conseguente impegno da parte degli Stati di assicurare «che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate in termini analoghi a quelli previsti per il diritto interno simili per natura ed importanza e che in ogni caso conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, proporzionalità e capacità dissuasiva», senza che fosse mai esplicitamente imposta l'adozione di sanzioni di carattere penale. C. Giust. CE, 10 luglio 2008, n.54, in *Dir. Comunitario online*; Id., 26 aprile 2007, n. 177, *Ibidem*, 2007; Id., 16 ottobre 2003, n.91, in *Dir. Prat. Trib. Internaz*. 2004, fasc. 2, p. 313 ss.; Id., 27 febbraio 1997, n. 177, in *Riv. Dir. Internaz*., 1997, p. 807 ss.; Id., 12 settembre 1996, n.58, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1997, p.85 ss.; Id., 8 giugno 1994, n.383, in *Notiz. Giur. Lav*., 1995, p.151 ss.; Id., 2 ottobre 1991, n. 7, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1992, p.1343 ss.; Id., 21 settembre 1989, in *Dir. Comunitario scambi internaz*., 1990, p.395 ss.

[351] RIONDATO, *Sull'arcipelago neo-medievale del diritto penale della Comunità e dell'Unione europea. In margine al* Corpus Juris *per la protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione*, in PICOTTI L. (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 97 ss.; BACIGALUPO G., *L'applicazione del diritto penale e la uguaglianza davanti alla legge. Un quadro europeo*, in COCCO G. (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Cedam, Padova, 2005, p. 7 ss.

bisogno di protezione degli interessi emergenti della legislazione comunitaria[352] hanno portato alla creazione dei c.d. obblighi europei di tutela e, successivamente, di penalizzazione.

Ma veniamo con ordine. Come si è detto, le istituzioni europee, non potendo predisporre autonomamente sanzioni penali, sono state "costrette" ad attingere alle risorse sanzionatorie previste dalle legislazioni penali dei singoli Stati membri, in tal modo assicurando una risposta efficace rispetto alle condotte lesive dei beni giuridici europei. Tale *escamotage*, in pratica, consente di aggirare l'ostacolo costituito dall'assenza di attribuzioni in materia penale in due diversi modi.

Il primo è dato dalla tecnica dell'assimilazione (in senso stretto), attraverso la quale l'interesse europeo viene assimilato ad un interesse nazionale di natura corrispondente, sicché lo Stato sarà tenuto a garantire al primo lo stesso grado e tipo di tutela predisposto per il secondo: se per quest'ultimo è prevista una tutela penale, anche il primo dovrà beneficiarne[353]. In altri termini, la risposta sanzionatoria prevista da una fattispecie incriminatrice di carattere interno viene estesa ad una violazione di una normativa europea che sia assimilabile a quella

[352] Come si è visto, il processo di integrazione UE ha fatto emergere nuovi beni giuridici o comunque beni giuridici che, seppur già esistenti, pongono esigenze di tutela diverse rispetto al passato nel momento in cui vengono proiettati in una dimensione sovranazionale.

[353] Come esempi di tale metodo si indicano: l'art. 194 del Trattato Euratom, secondo cui la tutela del segreto atomico deve essere attuata attraverso il ricorso alle disposizioni interne previste per la violazione di segreti in materia di attentato alla sicurezza dello Stato o in materia di divulgazione del segreto professionale[353]. Per approfondimenti si rinvia a PEDRAZZI C., *La tutela penale del segreto nel Trattato Euratom, in Il diritto dell'energia nucleare*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 413 ss. Ancora, l'art. 27 del Protocollo sullo Statuto della Corte di Giustizia CE, che rinvia alle norme nazionali in materia di falsa testimonianza e false perizie in materia civile. In questa cornice si inscrive anche il significato precettivo della disposizione dell'art. 280 TUE, che richiede una avanzata tecnica di armonizzazione della legislazione penale europea, mediante l'adeguamento degli standard (che vengono richiesti almeno come "minimi") di tutela che sono assicurati ai beni finanziari nazionali per quelli comunitari. V. DELMAS – MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, p. 545 ss.; JESCHECK H.H., *La tutela penale dei beni giuridici dell'Unione Europea*, in PICOTTI L. (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, Milano, 1999, p. 121 ss.; MARINUCCI G.–DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2001, p. 65 ss.; MEZZETTI E., *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati membri*, Cedam, Padova, 1994, p. 129 ss.; PEDRAZZI C., L*a tutela penale del segreto nel trattato Euratom*, in AA.VV., *Il diritto dell'energia nucleare*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 416 ss.; BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in *Ind. Pen.*, 1968, p. 5 ss.; PATRONO P., *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Cedam, Padova, 1993, p. 153, nota 20.

nazionale[354]. Dunque, secondo il modello del c.d. affidamento e sulla base del principio di leale collaborazione di cui all'art. 280 TUE, le istituzioni europee affidano agli Stati la protezione dei propri interessi sulla falsariga della protezione accordata ai beni nazionali[355].

Questa tecnica[356] fortunatamente non ha avuto un ampio utilizzo, forse a causa delle molte critiche mosse dalla dottrina penalistica, la quale ha avuto cura

[354] In tal modo, si prevede una espansione del diritto penale interno a tutela di interessi strumentali all'attuazione degli obiettivi propri delle Comunità.

[355] Quando si parla di assimilazione della tutela si intendono tutte quelle ipotesi in cui il legislatore costruisce la tutela dell'interesse comunitario sul modello a suo tempo concepito per presidiare il corrispondente interesse nazionale. Tale assimilazione della tutela, in quanto muove dall'obbligo comunitario (art. 280 TUE, a sua volta ricavato dal fondamentale principio di leale collaborazione) di garantire lo stesso livello di difesa, potrebbe effettivamente far ritenere che il legislatore nazionale sia vincolato ad un obbligo di tutela penale. Ma la corrispondenza tra l'interesse nazionale e quello comunitario (ad esempio, il patrimonio o gli interessi finanziari in senso lato), provocando pure l'esigenza di considerare le identiche aggressioni e, quindi, le medesime condotte, mostra come il ricorso allo strumento penalistico – onde presidiare il patrimonio comunitario – possa farsi risalire alla scelta originaria del legislatore nazionale di tutelare penalisticamente il patrimonio tout court (privato e pubblico). Anche perché, se si stabilissero per le offese alle finanze comunitarie solo sanzioni non penali (ad esempio, amministrative) si determinerebbe una irragionevole differenziazione di situazioni, di per sé costituzionalmente illegittima.

[356] L'obbligo di assimilazione, come pure l'introduzione di fattispecie conseguenti a scelte di criminalizzazioni operate in sede internazionale (v. per tutti la Convenzione PIF del 26 luglio 1995 ed i protocolli aggiuntivi del 1996 e del 1997, ratificata successivamente in Italia con la legge comunitaria 300/2000) hanno indubbiamente provocato un sensibile avvicinamento tra legislazioni. Sempre più spesso, infatti, le risposte alla criminalità transfrontaliera vengono concertate a livello internazionale nell'ambito dell'UE e si traducono in scelte comuni. Si rinvengono così nelle legislazioni penali europee fattispecie incriminatrici uniformi. Da questo punto di vista in passato hanno svolto una rilevante funzione in special modo le c.d. direttive dettagliate, con cui si è intervenuti ad esempio nella materia dell'insider trading o nel fenomeno criminoso transfrontaliero del riciclaggio. Vi è da chiedersi allora se, almeno con riguardo a determinati settori, non sia opportuno procedere ad una vera e propria opera di "unificazione" mediante la previsione di "statuti" penali comuni, incaricati di disciplinare la tutela di alcuni rilevanti interessi comunitari. In questa direzione, com'è noto, si sono mossi alcuni progetti di segno essenzialmente accademico (il c.d. Corpus Juris nella duplice versione del 1996 e del 2000; inoltre, gli Eurodelikte, ovvero un progetto coordinato dal Prof. Tiedemann), nonché istituzionale (il c.d. Libro verde del 2001). Si tratta però di un traguardo ambizioso, perché l'elaborazione di questi corpi normativi non può limitarsi alla enucleazione di alcune essenziali direttive per la costruzione di una o più fattispecie legali di reato; trattandosi, invece, di elaborare un sistema necessariamente più compiuto, nel quale si trovino non solo norme incriminatrici, ma anche previsioni di parte generale. I divari che indubbiamente intercorrono tra ordinamenti sollevano però delicati problemi di adattamento, che interessano generalmente l'elemento soggettivo del reato, nonché il modo di strutturare la partecipazione rilevante al reato. Con riguardo alla parte speciale, poi, le maggiori difficoltà sono connesse alla previsione del reato associativo, vista l'ampia varietà di soluzioni che si riscontrano nei diversi paesi europei: mentre gli ordinamenti anglosassoni possono in linea di principio avvalersi dello strumento assai duttile della conspiracy, nei diritti continentali si tende a prevedere fattispecie associative generiche (sul modello dell'associazione di malfattori di tradizione francese) pure specifiche o – per meglio dire – ritagliate sulle caratteristiche dei gruppi criminali presenti nel territorio nazionale (come nel caso italiano). TIEDEMANN K., *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, p. 14 ss.

di evidenziare le criticità di questo *modus operandi*. Basti pensare che il legislatore europeo, dichiarando l'assimilazione di un certo bene giuridico sovranazionale ad un corrispondente interesse nazionale penalmente tutelato, di fatto invade un campo proprio del legislatore nazionale: mediante un "allargamento" dell'ambito applicativo della norma penale prevista dalla legislazione interna a garanzia del bene nazionale giuridicamente protetto[357], si creano per tal via vere e proprie fattispecie incriminatrici di conio europeo.

Nello specifico, l'assimilazione determina il sorgere di una nuova norma incriminatrice per così dire ibrida poiché nata dall'innesto della norma comunitaria assimilatrice su quella nazionale penale. La nuova norma penale solo in parte coincide con quella di partenza che, per soddisfare le nuove esigenze di tutela, deve necessariamente subire trasformazioni anche significative. Da ciò discende che la nuova norma assimilatrice viene ad assumere una funzione incriminatrice, seppure in via mediata ed eventuale, in quanto dipende dalla circostanza che il bene nazionale di riferimento sia tutelato con sanzioni penali[358].

Insomma, da quanto detto emerge in modo chiaro la frizione di questo modello di tutela dei beni giuridici emergenti nel contesto europeo rispetto al principio di legalità. Da un lato la riserva di legge viene abilmente aggirata e di conseguenza violata, specie perché le ipotesi di assimilazione sono state tutte realizzate attraverso disposizioni aventi efficacia diretta ed immediata negli

[357] Anche la mera estensione dell'ambito applicativo della norma penale incriminatrice presenta notevoli profili di criticità. Si riscontra infatti una duplice violazione del principio di legalità: in primis tale ampliamento rimanda a procedimenti di tipo analogico in malam partem, come si sa vietati in ambito penale, ciò che viene chiesto dall'Europa è di punire qualcuno in base ad una norma che in realtà è posta a tutela di interessi simili, rectius assimilabili; in secondo luogo, viene comunque violato il principio di legalità sotto il profilo della riserva di legge, in quanto il Parlamento si vede privato in parte del suo potere esclusivo di stabilire ciò che deve essere penalmente sanzionato e cosa no. Su questi profili si è concentrata, in particolare, l'attenzione di BRICOLA F., *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in AA.VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, Cedam, Padova, 1968, p. 189 ss.

[358] L'argomento ha suscitato l'interesse, *ex plurimis*, di BERNARDI A., *«Principi di diritto» e diritto penale europeo*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1988, p. 161, il quale, nel riferirsi alle disposizioni comunitarie di assimilazione, le definisce «norme penali»; GRASSO G., *Verso un diritto penale comuniatrio: i progetti di Trattato concernenti l'adozione di una regolamentazione comune in materia di repressione delle infrazioni alle normative comunitarie ed in materia di responsabilità e di tutela penale dei funzionari e degli altri agenti delle Comunità*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1982, p. 637 ss.; GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale: i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 130 s.

ordinamenti nazionali[359]. Dall'altro lato, la violazione del principio di legalità coinvolge anche il corollario della determinatezza, tanto che sotto questo profilo si parla di fisiologica carenza di determinatezza del precetto originatosi dalla combinazione della norma assimilatrice con una norma penale nazionale. Tale indeterminatezza è causata dal fatto che l'assimilazione disposta dal legislatore comunitario non interessa il singolo sistema penale ma si rivolge a tutti i diversi ordinamenti facenti parte della costruzione comunitaria[360]. *Last but non least*, con questa tecnica verrebbe violato il principio di tassatività perché assimilare la violazione del diritto UE alla violazione del diritto interno significa estendere analogicamente la fattispecie incriminatrice nazionale a condotte che non sono dalla stessa prese in considerazione.

Il secondo percorso seguito dal legislatore comunitario al fine sia di garantire una tutela adeguata degli interessi comunitari, sia di sopperire alla mancanza di attribuzioni penalistiche, è stato quello tracciato dalla fissazione dei cc.dd. obblighi di tutela in capo agli Stati membri. Tale tecnica è sicuramente da preferire a quella precedentemente analizzata, in quanto l'obbligo suddetto non determina alcuna immediata e diretta modifica dell'ambito applicativo delle norme penali e si assicura, formalmente, il pieno rispetto del principio di legalità, dal momento che a livello comunitario viene fissato soltanto l'obbligo di tutela, spettando al legislatore nazionale il compito di adottare gli atti necessari alla protezione del bene giuridico comunitario. In altre parole, in questi casi il

[359] Proprio tale aspetto ha indotto MANACORDA s., *L'efficacia espansiva del diritto comuniatrio sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, p. 16, a ritenere che in tali casi dovrebbe essere negata la natura self executing di tali disposizioni rispetto all'obbligo di assimilazione; lo stesso si dovrebbe ritenere ricolto al solo legislatore, non potendo, di contro, comportare una automatica estensione della fattispecie penale. In tal modo l'assimilazione dipenderebbe sempre e comunque da un atto del legislatore nazionale e sarebbe garantito, almeno formalmente, il rispetto della riserva di legge.

[360] In questo senso si è espressa Sicurella R., Tutela "mediata" degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea, in GRASSO G.-SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 289, la quale sottolinea, inoltre, come la carenza di determinatezza renda la tecnica de qua problematica non solo rispetto al principio di legalità nostrano, ma anche rispetto alla nozione di "qualità della legge" elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, costituita dai tre criteri dell'accessibilità del testo normativo, della sua determinatezza e della prevedibilità delle relative conseguenze giuridiche.

vincolo riguarda soltanto l'*an* della tutela[361], rimanendo nella disponibilità del Parlamento nazionale la scelta del *quomodo*.

Almeno inizialmente, infatti, non si parlava di obblighi di tutela "penale", ma di obblighi di tutela *tout court*. Nella ormai risalente sentenza Amsdterdam Bulb[362], in realtà, non si parlava ancora nemmeno di "obblighi di tutela": in essa la Corte di Giustizia aveva semplicemente affermato che «l'art. 5 del Trattato, facendo obbligo agli Stati membri di emanare qualsiasi provvedimento di carattere generale e particolare atto a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dagli atti delle istituzioni della Comunità, conferisce a ciascuno di essi la facoltà di scegliere i provvedimenti idonei, ivi comprese le sanzioni, anche penali».

Le critiche mosse contro l'impostazione espressa nella sentenza appena citata indussero la Corte a correggere il tiro e, più coraggiosamente, nella nota sentenza "mais greco"[363] affermò che «qualora una disciplina comunitaria non contenga una specifica norma sanzionatoria di una violazione o che rinvii in merito alle disposizioni legislative, regolamentari, amministrative nazionali, l'art. 5 del Trattato impone agli Stati di adottare tutte le misure idonee a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario. A tal fine, pur conservando la scelta delle sanzioni, 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 importanza, e che in ogni caso conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva».

---

[361] Non mancano voci in dottrina secondo le quali anche queste forme di imposizioni comunitarie sarebbero illegittime, dal momento che il legislatore nazionale verrebbe privato della libertà di decidere in totale autonomia le politiche di criminalizzazione. Segnali di chiusura rispetto al modello di tutela qui analizzato provengono soprattutto dagli esponenti della dottrina tedesca. Per approfondimenti, v. TIEDEMANN K., *Diritto penale e diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 217 ss., il quale si dichiara contrario al riconoscimento della competenza comunitaria a dettare precisi obblighi quanto alla "minaccia sanzionatoria".

[362] Corte Giust. UE, 2 febbraio 1976, causa 50/76, Amsterdam Bulb c/ Produktchap voor Siergewassen, in Racc., 1977, p. 149.

[363] Corte Giust. UE, 21 settembre 1989, causa 68/88, Commissione c. Grecia, in Racc., 1989, p. 2965. In dottrina, v. SALAZAR L., *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 1658 ss.; TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 216 ss. Per la prima volta i rapporti tra UE e ordinamento interno non furono più visti esclusivamente in chiave limitativa della punibilità, bensì anche in chiave estensiva della stessa.

Con tale sentenza il processo di affinamento dello strumento *de quo* ha fatto un importante passo in avanti, in quanto cominciavano a definirsi i contorni dell'obbligo di tutela comunitario: in primo luogo venne enucleato quello che può essere definito un criterio di assimilazione in senso ampio, in base al quale la violazione del diritto comunitario deve essere sanzionata secondo modalità non dissimili rispetto a quanto previsto per violazioni del diritto nazionale «di natura e di importanza similari»[364]; in secondo luogo venne stabilito che le sanzioni siano dotate di «un carattere effettivo proporzionato e dissuasivo»[365], secondo una formula che però nulla dice circa la natura della sanzione e che viene così lasciata alla libera determinazione degli organi nazionali[366].

Tuttavia, dopo non molto tempo ha cominciato a farsi strada la convinzione che, in specifici settori, l'osservanza del diritto comunitario non potesse essere adeguatamente garantita negli ordinamenti nazionali se non attraverso la predisposizione di una regolamentazione penale, alla cui adozione peraltro ciascuno Stato risulterebbe vincolato. Nascono così gli obblighi di tutela penale

---

[364] L'UE non impone l'ampliamento dei confini applicativi di una certa fattispecie: lascia sempre al singolo Stato membro il compito di predisporre autonomamente una tutela che sia assimilabile a quella del diritto interno. Per tale motivo si parla di assimilazione in senso lato.

[365] I parametri dell'assimilazione in senso ampio e dell'effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva possono ovviamente dar vita a veri e propri obblighi comunitari di penalizzazione, anche se in via meramente eventuale. Infatti, in virtù del primo criterio, nel caso in cui la normativa interna di riferimento sia penale, si configurerà un vero e proprio obbligo di tutela penale.

[366] GRASSO G., *Diritto penale e integrazione europea*, in GRASSO G.-SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 65 ss.; GRASSO G., *Le prospettive di formazione di un diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 135 ss.; SALAZAR L., *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 1661 ss.; RIZZA G.C., *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli delle 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*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 93 ss. La discrezionalità delle autorità nazionali, per ciò che riguarda la selezione della natura e del carico delle sanzioni, risulterebbe delimitata da un duplice e ben delineato parametro: da un lato, nella individuazione delle sanzioni occorre ispirarsi ad un criterio di similitudine (nel senso cioè che le sanzioni individuate per prevenire e reprimere le violazioni della normativa europea non devono discostarsi, da un punto di vista sostanziale e processuale, da quelle previste nei confronti delle violazioni interne equivalenti); dall'altro lato, il profilo della «sufficiente dissuasione» per cui le sanzioni devono presentare ben precisi requisiti di efficacia valutabili appunto in termini di «effettività, proporzionalità e capacità dissuasiva». Nello specificare meglio questi due punti, la CGUE ha precisato che il criterio della similitudine non attiene evidentemente soltanto alla dimensione strutturale delle scelte e delle modalità sanzionatorie (concernenti lo «stesso modo» attraverso cui la normativa deve essere attuata da parte degli Stati membri), ma riflette anche la necessità che, nel procedere nei confronti delle violazioni del diritto comunitario, le autorità nazionali impieghino la «stessa diligenza» adoperata nei confronti delle violazioni del diritto interno.

che attribuiscono direttamente all'Unione la competenza a ravvicinare le norme di diritto penale sostanziale quando questo sia funzionale alle esigenze di cooperazione c.d. orizzontale, cioè di cooperazione tra le autorità giurisdizionali degli Stati membri. In sintesi, per fare in modo che le magistrature dei vari Stati possano cooperare, i rispettivi diritti penali nazionali devono essere ravvicinati[367]. Gli artt. 29 e 31 lett. e) TUE (relativi all'allora terzo pilatro) prevedevano, infatti, che l'Unione è legittimata a procedere al ravvicinamento delle norme nazionali di diritto penale sostanziale per ragioni di cooperazione giudiziaria[368]; solo in tema di razzismo e xenofobia l'art. 29 TUE prevede una competenza dell'Unione a ravvicinare le norme di diritto penale sostanziale per ragioni svincolate da esigenze di cooperazione, mentre per tutte le altre materie il ravvicinamento è invece subordinato ad esigenze di natura processuale[369].

Dunque, con riferimento alla competenza penale indiretta dell'UE connessa all'obiettivo di realizzare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia mediante la cooperazione giudiziaria di terzo pilastro, vi era l'incapacità di stabilire cosa dovesse essere penalmente rilevante in modo non collegato a esigenze di natura processuale.

---

[367] Si tratta della nota inversione secondo la quale le norme di diritto penale sostanziale divengono strumento delle norme di diritto processuale.

[368] Questo comporta tutta una serie di effetti, ad esempi nella fissazione degli edittali di pena nelle decisioni quadro l'Ue è legittimata ad esprimere il quantum di pena limitatamente al minimo del massimo edittale, perché il minimo del massimo esprime il valore soglia necessario per le esigenze di estradizione. Detta altrimenti, a tutt'oggi l'UE è legittimata sul piano sanzionatorio ad indicare le quantità di pena significative per esigenze processuali, di cooperazione (estradizione), non anche le quantità di pena che esprimono il giudizio di valore (o disvalore), cioè gli edittali di pena.

[369] Sono esempi di decisioni-quadro adottate su questa base: la decisione quadro del Consiglio 2008/913/GAI del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, Gazzetta Ufficiale 6 dicembre 2008, L. 328/55; la decisione quadro del Consiglio 2005/222/GAI sugli attacchi ai sistemi informatici in Gazz. Uff. 6 marzo 2005, L. 69/97; la decisione quadro del Consiglio 2004/757/GAI recante norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in GRASSO G.–SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 692, ritiene invece che nella prassi operativa sono state frequenti le operazioni di armonizzazione del terzo pilastro che prescindono assolutamente dalla necessità di cooperazione. Al contrario, SOTIS C., *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, in PALIERO C.E.-VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, 2013, p. 41 conclude nel senso che "a parte in tema di razzismo e xenofobia, il collegamento alle necessità di cooperazione ci sembra permanere sempre, ora in misura maggiore, ora in misura minore, ma un collegamento vi è sempre".

Al contrario, con riguardo alla esigenza di tutelare mediante pena gli interessi emergenti dalla legislazione comunitaria di primo pilastro, una siffatta conclusione venne fatta discendere da alcune pronunce della Corte di Giustizia un po' più ardite e dalla constatazione, a confermare questa tendenza, che le stesse istituzioni sembrerebbero richiedere in modo esplicito agli Stati l'adozione di misure penali a supporto delle politiche comunitarie[370].

Il passaggio definitivo dagli obblighi di tutela comunitari non meglio definiti agli obblighi di tutela penale, con riferimento alle materie del I pilatro, è sancito formalmente dalla Corte di Giustizia con due sentenze: la pronuncia del 13 settembre 2005[371], in materia di tutela penale dell'ambiente, e quella del 23 ottobre 2007[372], avente ad oggetto la repressione penale dell'inquinamento provocato dalle navi. In queste due pronunce la Corte ha colto l'occasione per

[370] Così PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Edizioni ETS, 2009, p. 7.

[371] Corte Giust. CE, 13 settembre 2005, causa 176/03, Commissione c. Consiglio, in Amb. E Sicur. 2005, Fasc. 23, p. 68 ss., che ha annullato la decisione quadro 27 gennaio 2003, n. 2003/80/GAI sulla tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale. V. per tutti MANNOZZI G.– CONSULICH F., *La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 2006, p. 899 ss.; SOTIS C., *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007, in part. P. 86 s. e 167 s.

[372] Corte Giust. CE, 23 ottobre 2007, causa 440/05, Commissione c. Consiglio, in Foro It., 2008, iv, p. 368 ss., che ha annullato la decisione quadro del Consiglio 12 luglio 2005, n. 2005/667/GAI, intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi. La Corte ha nuovamente rivendicato la competenza del legislatore comunitario ad imporre agli Stati membri la previsione di sanzioni penali per garantire la piena efficacia delle norme che esso emana in materia di tutela dell'ambiente, qualora ciò costituisca una misura indispensabile di lotta contro danni ambientali gravi, con l'unico limite rappresentato dalla individuazione del tipo e del livello nelle sanzioni penali applicabili, la cui determinazione non rientra nelle competenze della Comunità, ma degli stati membri. Nella sentenza del 2007 la Corte ha optato per una rivisitazione in chiave restrittiva della sua posizione in merito alla competenza diretta dell'UE in materia penale. Nel corpo della motivazione, la Corte, nel menzionare la sentenza del 13 settembre 2005, ha ricordato che in principio la legislazione penale non rientra nella competenza della Comunità. Peraltro, il legislatore comunitario può imporre agli Stati membri di adottare sanzioni penali se ciò è indispensabile «per garantire la piena efficacia delle norme comunitarie». La Corte ha tuttavia escluso che il legislatore comunitario possa liberamente imporre agli Stati membri di adottare sanzioni penali, ancorché funzionali alla realizzazione di obiettivi comunitari. La Corte ha distinto, in particolare, tra I e III pilastro, escludendo che nell'ambito del I pilastro si possano determinare «il tipo e il livello delle sanzioni penali applicabili». Se ne può dedurre che, secondo tale pronuncia, non fosse possibile, in sede comunitaria, procedere alla armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, potendosi invece solamente disporre l'obbligo – in capo agli Stati membri – di indicare le situazioni suscettibili di sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive». In Dottrina, v. SIRACUSA, *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo tassello della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, p. 241 ss.; PAONESSA C., *La discrezionalità del legislatore nazionale nella cornice dei vincoli comunitari di tutela*, in *Criminalia*, 2007, p. 378 ss.; SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?* In *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, p. 171 ss.

riconoscere in favore del legislatore europeo la possibilità di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri, vale a dire riconoscere la competenza delle stesse ad imporre veri e propri obblighi di penalizzazione, vincolanti gli Stati a qualificare come reati le violazioni di determinate disposizioni del diritto comunitario, potendo addirittura incidere non solo sulla scelta della tipologia di misura anche sull'entità della sanzione, se ciò appare giustificato dalla necessità di garantire la piena efficacia delle norme emanate nei settori regolamentati[373].

Di tale possibilità si ha una traccia chiara ed evidente in entrambe le pronunce. Per quanto riguarda la prima si può leggere: «in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nelle competenze della Comunità […]. Quest'ultima constatazione non può tuttavia impedire al legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro le violazioni […] gravi, 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»[374].

[373] Ha stabilito (in tema di tutela dell'ambiente, rientrante nelle materie del primo pilastro) che il diritto UE, pur non potendo essere fonte diretta di produzione del diritto penale, per le materie di sua competenza, può imporre obblighi di penalizzazione (vere e proprie sanzioni penali) agli Stati membri, qualora necessario all'attuazione delle sue disposizioni, mettendo così in discussione l'assunto secondo cui solo una norma del terzo pilastro (cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale: GAI: terrorismo, tratta di esseri umani, reati contro i minori, traffico di droga e armi, corruzione e frode) possa emanare un obbligo di tutela penale. «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 UE, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, 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».

[374] Se l'UE può sottrarre la scelta dello Stato sulla sanzione applicabile, il diritto penale non è più *extrema ratio*, potendo financo giungersi ad una penalizzazione "a tappeto" essendo il legislatore nazionale eccessivamente imbrigliato anche nella descrizione della fattispecie incriminatrice. Non vi sarebbe più una normazione europea per principi generali ma una tipizzazione delle condotte con l'obbligo di introdurre sanzioni penali. Vi è tuttavia chi ha ritenuto che la sentenza in commento non abbia di fatto determinato nulla di nuovo rispetto al passato, limitando la presa di posizione dei giudici di Lussemburgo alla specifica direttiva in materia di ambiente, dovendo per le altre materie avere riguardo a quanto stabilito dalla Corte nella sentenza del masi greco secondo cui l'unico obbligo in capo agli Stati membri è quello di fornire tutela adeguata agli interessi europei, rimanendo la scelta della sanzione da applicare appannaggio dei singoli ordinamenti nazionali. Altri ancora hanno sottolineato che, anche qualora dovesse ritenersi la sentenza del 2005 operante avuto riguardo anche agli altri settori, gli

È evidente lo scarto che divide queste pronunce da quella precedentemente ricordata inerente al caso "mais greco"[375]: lì ci si accontentava che la tutela apprestata dagli Stati avesse un carattere "effettivo proporzionato e dissuasivo" e fosse assimilabile a quella prevista a tutela di interessi di pari dignità; qui si vincola lo Stato ad introdurre nuove ipotesi di reato, sicché il legislatore nazionale si trova ad essere doppiamente vincolato nella determinazione della disciplina a tutela dei beni giuridici di derivazione sovranazionale, sia sotto il profilo dell'*an* della tutela sia sotto quello della scelta del *quomodo*[376].

---

effetti non sarebbero così dirompenti nell'ordinamento interno, atteso che a fronte dell'inadempiente dello Stato membro l'unico rimedio possibile è l'apertura di una procedura di infrazione; ancora, pur volendo ritenere che gli obblighi di tutela penale trovino copertura nell'art. 117 Cost., nonostante l'inadempienza determini una violazione del predetto disposto costituzionale non vi sarebbe alcuna legge da portare davanti alla Consulta. Se, invece, gli obblighi comunitari di tutela vengono recepiti "male" dall'ordinamento nazionale, la Consulta che può al massimo eliminare quella fattispecie dall'ordinamento, determinando così un vuoto di tutela.

[375] Secondo la Corte di Giustizia nel caso del mais greco, gli Stati membri sono liberi di scegliere le modalità per garantire la tutela degli interessi europei e, quindi, la tipologia di sanzione applicabile. L'unico limite è rappresentato dal fatto che le misure adottate siano effettive, proporzionali e dissuasive. Ciò non toglie che possa trattarsi anche di sanzioni amministrative. Questa tecnica di tutela, pertanto, non pone problemi di compatibilità con il principio della riserva di legge. Dall'altra parte, però, si rischia di non giungere ad una efficace armonizzazione delle normative tra gli Stati membri, essendo ciascuno Stato libero nella scelta dell'illecito e della sanzione da applicare. Quindi la soluzione accolta dalla giurisprudenza della Corte nella sentenza del mais greco era dai più considerata insufficiente.

[376] In dottrina le citate sentenze della Corte di Lussemburgo del 2005 e del 2007 sono state interpretate come la conferma di un nuovo riparto di competenze tra il primo e il terzo pilatro. Ciò permetterebbe alla Comunità di imporre agli Stati membri l'obbligo di adottare misure penali, ove strutturalmente necessarie per garantire l'efficacia delle politiche europee, attraverso i mezzi propri del diritto comunitario piuttosto che con quelli propri della cooperazione intergovernativa. Questi obblighi sono generalmente connessi a materie di competenza del primo pilastro, cioè di diritto comunitario in senso stretto. Il sistema in pilastri ha comportato che gli Stati hanno ritenuto essere il terzo pilastro il contenitore istituzionale deputato a richiedere norme in materia penale, con il risultato che la legislazione in una materia di competenza comunitaria, cioè di primo pilastro, qualora dovesse riguardare la richiesta di adottare norme penali da parte degli Stati, sarebbe dovuta avvenire con strumenti tipici del terzo pilastro. Così l'eventuale armonizzazione ad esempio in materia ambientale o di interessi finanziari della Comunità europea (materie di primo pilastro), avrebbe trovato in regolamenti e direttive gli strumenti suoi propri, mentre gli eventuali obblighi di tutela penale a protezione degli interessi emergenti da quelle normative avrebbero dovuto essere posti in un atto di terzo pilastro. La diretta conseguenza era che, con un atto di diritto comunitario, cioè con direttive e regolamenti, fosse possibile tutelare gli interessi emergenti da una determinata normativa mediante la richiesta agli Stati membri di prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, lasciando quindi gli stessi liberi sul tipo di sanzione (penale, amministrativa, civile, disciplinare). Diversamente, per imporre agli Stati proprio la natura penale della sanzione, occorreva passare per un atto di terzo pilastro. Parliamo al passato perché, a seguito della sentenza del 13 settembre 2005, la Corte di Lussemburgo ha stabilito che il diritto UE, per le materie di sua competenza, può emettere anche obblighi di tutela penale, qualora necessari alla attuazione delle sue normative, rimettendo in questo modo in discussione l'assunto secondo cui solo una norma di terzo pilastro potesse

La direttiva del 19 novembre 2008, n. 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente[377] ha, per la prima volta, introdotto specifici ed espressi obblighi per gli Stati membri di prevedere nella loro legislazione nazionale sanzioni di natura penale in relazione a violazioni di numerose disposizioni di diritto comunitario in materia di tutela dell'ambiente, analiticamente elencate nell'allegato A della direttiva[378]. Insomma, obbligo di incriminazione da parte dello Stato nazionale sul fondamento di una fonte europea, che fissa il doveroso raggiungimento di un obiettivo comune attraverso la previsione di una norma punitiva. Lo Stato è tenuto ad emanare, in tal caso, una legge criminalizzatrice con i caratteri della effettività, della proporzionalità e della capacità dissuasiva. La mancata introduzione della legge interna configura una responsabilità politica dello Stato verso le istituzioni UE[379]. All'omissione, tuttavia, non può sopperirsi con l'intervento diretto della fonte comunitaria, poiché ciò sarebbe in contrasto con la riserva della legge statale in materia penale e la correlativa incompetenza europea nel detto campo.

Occorre segnalare inoltre che a seguito delle sentenze appena dette la previsione di obblighi di tutela penale è andata diffondendosi nell'ambito della produzione normativa dell'Unione europea non solo con riferimento alle materie rispetto alle quali la possibilità di prevedere tali obblighi è stata affermata ma anche in settori diversi. La previsione dell'obbligo di stabilire sanzioni penali in caso di violazione della normativa comunitaria compare ad esempio nella

---

emettere un obbligo di natura penale. In dottrina, v. PANEBIANCO G., *Il riparto di competenze penali tra i "pilastri" dell'Unione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 405 ss.

[377] Con il d.lgs. 121/2011 si è data attuazione alla direttiva 2008/99/CE nonché alla direttiva 2009/123/CE modificativa della direttiva 2005/35/CE. Sono state introdotte 2 nuove fattispecie penali: gli 727 bis e 733 ter c.p. Inoltre, è stato inserito l'art. 25 undecies nel d.lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa dipendente da reato degli enti.

[378] Direttiva 19 novembre 2008, n. 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, in G.U.U.E., 6 dicembre 2008, n. L 328, entrata in vigore il 26 dicembre 2008. All'art. 3 è previsto che le violazioni a tutta una serie di precetti definiti in questo articolo "costituiscono reati" (così testualmente il primo comma dell'art. 3 della direttiva in esame).

[379] A fronte della inosservanza degli obblighi europei, l'ordinamento dell'UE appresta alcuni rimedi; il ricorso per infrazione e il ricorso in via pregiudiziale. In entrambe le ipotesi si è di fronte ad una responsabilità esclusivamente politica del legislatore inadempiente.

direttiva 2009/48/CE adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio e volta a garantire la sicurezza dei giocattoli[380].

Concludendo, si è detto che l'assenza di una diretta potestà sanzionatoria dell'organizzazione europea impedisce all'Unione di creare direttamente fattispecie penali come risposta alle possibili violazioni della normativa comunitaria. Tuttavia, la tecnica rappresentata dalla imposizione di obblighi di tutela penale consente di superare questo ostacolo. A questo punto occorre chiedersi cosa è cambiato a seguito della firma del Trattato di Lisbona.

7. La competenza penale dell'Unione europea secondo il Trattato di Lisbona. L'art. 83 TFUE e l'istituzione della Procura europea (art. 86 TFUE).

La capacità del legislatore europeo di intervenire per armonizzare le legislazioni penali degli Stati membri, al di là degli spazi di cooperazione intergovernativa originariamente consentiti dal terzo pilastro[381], ha trovato una

[380] PALIERO C.E.-VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, 2013, p. 53: «Un sistema penale che voglia mantenere relativo il valore della pena deve essere concepito come un circuito in cui le incriminazioni entrano ma possono anche uscire (il legislatore deve avere la possibilità in ogni momento di rimettere in discussione le sue decisioni). Invece, la posizione di obblighi comunitari di tutela penale non è in grado di garantire questo flusso di entrate ed uscite. La penalizzazione indiretta a prima vista non pone dei problemi di compatibilità con la riserva di legge poiché l'introduzione di norme penali è filtrata dall'atto legislativo nazionale. Tuttavia resta aperto un problema centrale: quello di un eventuale inadempimento sopravvenuto. Cosa accade infatti se il Parlamento nazionale, una volta che avesse soddisfatto la domanda di penalizzazione richiesta dalla Comunità, desiderasse ritornare sui suoi passi perché ritenesse che gli interessi in gioco possano essere protetti in maniera adeguata con uno strumento extrapenale? Questa depenalizzazione violerebbe irrimediabilmente l'obbligo comunitario di tutela penale. D'altra parte, negare al Parlamento nazionale la possibilità di depenalizzare viola una componente essenziale del principio costituzionale di riserva di legge che, ponendosi a garanzia del valore relativo della pena, deve garantire la possibilità di rimettere in discussione le opzioni di penalizzazione. Insomma, l'opzione di depenalizzazione sarebbe al tempo stesso costituzionalmente garantita e frontalmente in contrasto con il diritto dell'Unione. La Corte Costituzionale innesca il meccanismo dei controlimiti. Al di là del pericolo di innescare il meccanismo dei controlimiti, il punto fondamentale tuttavia risiede nelle ricadute politico-criminali di questa debolezza giuridica. […] La consapevolezza dei possibili corto circuiti che tale depenalizzazione potrebbe innescare rappresenterebbe un ulteriore disincentivo alle istanze di depenalizzazione».

[381] A fronte della incessante (logicamente prevedibile e invitabile) emersione di nuovi fondamentali interessi della costruzione europea necessitanti la più ampia tutela, la tensione del progetto europeo verso la risposta penale si pone in effetti come naturale; risposta che, in quanto assicurata, per la summenzionata assenza di una diretta competenza penale dell'ente sovrannazionale, dagli Stati membri, pone la diversa (ma anch'essa inevitabile) questione di una profonda armonizzazione delle risposte penali a livello nazionale, perseguita per l'appunto

copertura giuridica all'interno del Trattato di Lisbona[382] che all'art. 83 TFUE attribuisce una specifica competenza penale all'Unione europea. Il Trattato del 2007 parla esplicitamente di diritto penale e sono ipotizzabili veri e propri obblighi di tutela penale a carico dei singoli Stati membri, confermando l'impostazione emersa dalla sentenza del 2005 sui reati ambientali.

Tale riconoscimento in favore delle istituzioni europee trova la sua ragion d'essere nella acquisita consapevolezza che la libera circolazione intracomunitaria possa favorire l'allargamento degli ambiti di operatività della delinquenza organizzata e, corrispondentemente, possa compromettere la protezione dei cittadini dell'Unione, di cui peraltro si vogliono tutelare i diritti fondamentali. In breve, la finalità perseguita è quella di valorizzare la realizzazione nell'ambito dell'Unione di un vero "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" senza frontiere interne, nel quale sia realmente assicurata oltre che la libera circolazione delle persone, un elevato livello di sicurezza, attraverso misure di prevenzione e di lotta contro i fenomeni di criminalità sopra detti, attraverso la cooperazione e la coordinazione delle forze di polizia ma, soprattutto, attraverso il ravvicinamento delle legislazioni penali negli ambiti di interesse così come definiti dall'art. 82 e dal successivo art. 83 TFUE[383].

---

attraverso l'adozione di strumenti miranti al ravvicinamento degli ordinamenti nazionali, innanzitutto nel contesto normativo ed istituzionale del terzo pilastro in cui un'apposita tipologia di atti – le decisioni-quadro – è stata introdotta per perseguire tale obiettivo. È pertanto in tale luogo normativo – il terzo pilastro – che l'Unione è stata di fatto chiamata ad esprimere una propria politica criminale, con esiti in verità spesso deludenti in termini di razionalità e coerenza complessiva delle iniziative intraprese che rendono difficile leggere nelle stesse l'attuazione di una vera e propria strategia (e quindi di una "politica" in senso stretto). Sugli effetti delle decisioni quadro sul diritto penale processuale e sostanziale, v. per tutti EPIDENDIO T.E., *Diritto comunitario e diritto penale interno. Guida alla prassi giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 363 ss.

[382] Quanto alle competenze rispetto agli Stati, il Trattato di Lisbona persegue l'obiettivo di ampliare le competenze dell'Unione europea. Una volta confermati i principi dell'attribuzione specifica limitata delle competenze (art. 5 par. 1 per. 2 e par. 2 per. 1 TUEL Lisbona), nonché i principi di sussidiarietà e di proporzionalità, il Trattato conferisce ulteriori competenze all'UE, estendendone alcune già esistenti e rendendo sovranazionali alcune materie in precedenza oggetto di competenze intergovernative.

[383] Attraverso le previsioni contenute all'art. 83 TFUE viene consacrata la legittimità della configurazione di obblighi di armonizzazione penale di matrice europea, delineando così una esplicita competenza penale dell'Unione. In questo senso, BERNARDI A., *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. proc. pen.*, 2004, p. 5 ss.; PICOTTI L., *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, in CANESTRARI S.-FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 346; SICURELLA R., *La tutela «mediata» degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi*

Con particolare riferimento a tale ultima disposizione, in capo all'Unione sono previste, rispettivamente al primo e al secondo paragrafo, una competenza penale indiretta[384] autonoma ed una competenza penale indiretta accessoria. Nel dettaglio, al primo paragrafo è stabilito che gli organi europei sono legittimati, con direttive, a «stabilire norme minime[385] relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale» e che sono esplicitamente elencate nel testo normativo[386]. In altri termini, viene attribuita una competenza *ratione materiae*, anche se – è bene precisare – la competenza penale non è limitata alle fattispecie contenute nella suddetta elencazione, poiché la gravità degli illeciti sul piano transnazionale consente al Consiglio, deliberando all'unanimità, e previa approvazione del Parlamento europeo, di adottare una decisione che individui altre sfere di criminalità[387].

---

penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea, in GRASSO G.-SICURELLA R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 384 s.

[384] Resta fermo che la competenza in materia penale è soltanto di tipo indiretto, poiché, alla stregua dell'art. 83 par. 1, anche laddove si tratti di intervenire in "sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale", il Parlamento europeo e il Consiglio deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria mediante direttive, che necessitano, dunque, di una legiferazione successiva da parte degli Stati. Certo è che la discrezionalità del legislatore viene ad essere delimitata e circoscritta con riguardo sia ai beni giuridici da tutelare, sia alle tecniche di tale tutela, sia alle scelte sanzionatorie. Ad ogni modo, è utile sottolineare che la competenza penale indiretta prevede, alla luce del Trattato di Lisbona, un triplice livello di partecipazione dell'istituzione parlamentare. Nella fase c.d. ascendente del processo legislativo vi è una partecipazione dei Parlamenti nazionali, in particolare con riguardo al rispetto del principio di sussidiarietà. Inoltre, nella procedura legislativa ordinaria prevista dal Trattato di Lisbona il Parlamento europeo non possiede solo un potere di veto, ma rappresenta un colegislatore in posizione pariordinata rispetto al Consiglio. Infine, vi è la fase successiva, costituita dall'intervento dei Parlamenti nazionali, in mancanza del quale le norme incriminatrici non vengono ad esistenza. Su tale questione, v. per tutti BERNARDI A., *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. Cost.*, 1/2009, p. 34 ss. Pertanto, secondo DE VERO G., *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela. Relazione al convegno "Per un rilancio del progetto europeo: esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale in attesa della Costituzione per l'Europa"*, Catania, 24-26 maggio 2007, pubblicato in internet alla pagina *www.lexunict.it/10yearsconference/contents*, sotto questo profilo è possibile concludere che, con riguardo alla competenza penale indiretta qui considerata, il problema del deficit democratico deve ritenersi superato.

[385] Quanto al significato della espressione «norme minime» cui ha riguardo la disposizione in esame, si ritiene possa farsi riferimento alla individuazione dei tratti fondamentali del comportamento di rilevanza penale e alla tipologia di sanzione.

[386] Tali sfere di criminalità sono: 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.

[387] Afferma GRASSO G., *Dopo il Trattato di Lisbona: quale «sistema penale» europeo?*, in GRASSO G.-PICOTTI L.-SICURELLA R., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del*

Non v'è dubbio che il riferimento a specifici settori di intervento particolarmente gravi induca a ritenere che si tratti di ambiti nei quali vi sia già stata una reazione penale a livello nazionale e che, pertanto, la novità introdotta all'art. 83 TFUE non sia stata così dirompente. Il principio di riserva di legge statale, pertanto, non è minimamente scalfito dalla previsione in esame: più che una valutazione originaria di necessità di pena, si tratta di una necessità di armonizzazione per la lotta comune mediante la punizione di determinati fatti già "muniti" di rilevanza penale. Ciò nonostante, non può comunque sottacersi che un passo in avanti verso la europeizzazione del diritto è stato compiuto, considerato che la parte generale del diritto penale cambia, anche sensibilmente, da Stato a Stato, determinando inevitabilmente delle difficoltà di carattere applicativo. Basti pensare, a mero titolo esemplificativo, alla direttiva in materia di ambiente del 2008 ove si utilizzano espressioni come «intenzionalmente» e «grave diligenza», il cui significato può variare notevolmente a seconda dell'ordinamento nazionale in cui si calano.

Quella attribuita all'Unione europea dal primo paragrafo dell'art. 83 TFUE è una competenza penale "autonoma" poiché da un lato non necessita della previa esistenza di norme europee a carattere extrapenale bisognose di tutela, potendo in ogni momento autolegittimarsi in funzione di lotta alle più insidiose manifestazioni espressive della criminalità in questione. Dall'altro lato – «nonostante la formulazione un po' infelice del comma 1 dell'art. 82, che sembra collegare […] il ravvicinamento delle disposizioni incriminatrici in materia penale alla cooperazione giudiziaria ed al mutuo riconoscimento delle decisioni penali»[388] – la suddetta competenza penale UE ha assunto una spiccata autonomia funzionalistica, in quanto non è più prioritariamente finalizzata alle

Trattato di Lisbona, Giuffrè, Milano, 2011, p. 697: «è da lamentare in effetti che una tale decisione […] venga adottata secondo una procedura che svilisce il ruolo del Parlamento europeo, confinato alla approvazione di un testo predisposto dal Consiglio. In questo senso, cfr. anche SOTIS C., *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in BILANCIA P.-D'AMICO M., *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 159; GRASSO G., *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in GRASSO G.- SICURELLA R. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 696.

[388] G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione, in Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2326 ss.

esigenze di coordinamento tra le autorità deputate a contrastare i reati[389] (esigenze che, viceversa, ai sensi degli artt. 29 e 31 TUE, sino al 2009 erano alla base della competenza penale del terzo pilastro)[390]. Il vero dato innovativo, dunque, riguarda il rapporto tra competenze di diritto penale sostanziale e le esigenze di cooperazione giudiziaria: la competenza al ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali viene affrancata, e non più subordinata, alle esigenze di cooperazione, come risulta anche dal confronto tra l'art. 67 par. 3 TFUE e l'attuale art. 29 TUE. In questo modo l'Unione potrà emettere bisogni di pena direttamente connessi al raggiungimento di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, senza che sia necessaria la subordinazione alle esigenze di cooperazione processuale.

La competenza penale in esame è stata pensata per rispondere a ulteriori istanze disancorate da quelle di cooperazione giudiziaria, ben evidenziate dal Programma di Stoccolma (2010-2014), volto a delineare «orientamenti strategici della programmazione legislativa ed operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia»[391]. Partendo dalla constatazione che «la criminalità organizzata sta assumendo sempre più una dimensione globale»[392] e allarmante, detto Programma insiste sulla adozione di «una articolata strategia di lotta» nei confronti di tale forma di criminalità, ponendola al centro delle priorità dell'Unione e «individuando le tipologie di reato contro le quali mobilitare gli strumenti di cui dispone». Ad ogni modo, come sopra chiarito, il tipo di giudizio di necessità di pena che l'Unione può svolgere, pur liberato dalle esigenze processuali, sembra restare in qualche modo vincolato all'area della penalità stabilita a livello statale, visto che il riferimento alla «particolare gravità» sembra

[389] V. per tutti R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2625, nota 85.

[390] L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. GRASSO-R. SICURELLA, Milano, 2007, p. 395 ss.

[391] Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini (2010/c 115/01), in Gazz. Uff. Eur., 4 maggio 2010, C 115/4.

[392] Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini (2010/c 115/01), in Gazz. Uff. Eur., 4 maggio 2010, C 115/21.

presupporre un intervento su settori che devono avere già registrato a livello nazionale una reazione di tipo penale[393].

Il Trattato di Lisbona prevede altresì in capo all'Unione una ulteriore forma di competenza penale indiretta. Il secondo paragrafo dell'art. 83 TFUE stabilisce un più inciso potere di emanazione, sempre mediante direttive, di norme minime relative alla definizione di reati e sanzioni in un settore (questa volta senza specifica elencazione) al fine di effettuare un ravvicinamento delle disposizioni normative degli Stati membri in materia penale per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in quel settore già oggetto di misure di armonizzazione. In questo caso, pur non spettando all'organo comunitario un potere di intervento diretto in ambito penale, esso può stabilire un novero minimo di comportamenti che il legislatore interno dovrà sanzionare penalmente, nonché tipi ed entità di sanzioni relativi a quei comportamenti che dovranno essere previsti nell'ordinamento interno.

Si tratta di una competenza penale accessoria, in quanto non rientrante nel "nucleo duro" della politica criminale europea di cui al primo paragrafo dell'art. 83 TFUE[394]. Tale competenza è, però, subordinata alla compresenza di due requisiti: deve trattarsi di settori già oggetto di procedure di armonizzazione; la previsione di norme penali deve risultare indispensabile per garantire l'efficace attuazione di una determinata politica UE[395]. La selezione degli obblighi di tutela

[393] Più che una primigenia valutazione di necessità di pena quella che sembra emergere, quindi, è una necessità di lotta comune mediante pena di fatti a vario titolo già penalizzati.

[394] Il "nucleo duro" della politica criminale europeo, infatti, concerne l'azione di contrasto alle manifestazioni criminali a carattere transnazionale realizzata in forza della competenza penale di cui all'art. 83 par. 1 TFUE. Il carattere accessorio della competenza penale UE prevista dall'art. 83.2 TFUE discende altresì dal fatto che attraverso di essa si possono, a certe condizioni, ravvicinare le risposte punitive adottate ad iniziativa degli Stati membri per tutelare le più diverse prescrizioni in settori oggetto di armonizzazione su base europea. In questo senso le norme minime svolgerebbero una funzione di completamento (dunque, ancora una volta, una funzione accessoria) riguardo alle rispettive misure extrapenali di armonizzazione, consentendo che nei rispettivi settori normativi il processo di ravvicinamento investa anche il versante sanzionatorio. Viceversa, sarebbe errato ritenere che la competenza penale accessoria sia considerata tale in quanto meramente funzionale rispetto alle esigenze di cooperazione penale. È disancorata dalle esigenze di cooperazione di polizia e giudiziaria che, viceversa, come sopra ricordato, erano alla base del processo di ravvicinamento delle normative penali nazionali realizzato nell'ambito del terzo pilastro.

[395] GRASSO G., *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in GRASSO G.-SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 695 ss., ritiene che la prima condizione che legittima l'intervento penale debba essere letta estensivamente, nel senso che non è necessaria la già avvenuta armonizzazione della legislazione

penale viene affidato, dunque, ad un criterio non per materia ma funzionalistico: conseguentemente, l'ambito applicativo è più esteso rispetto a quello del primo paragrafo dell'art. 83 TFUE, difettando una elencazione tassativa di sfere di criminalità che necessitano di un intervento a livello europeo.

In dottrina si è sottolineato come la condizione della indispensabilità, giustificativa dell'iniziativa in ambito penale, sia estremamente fragile. Il rischio è che essa non sia in grado di tenere lontano il pericolo di penalizzazioni a tappeto, vale a dire non sia capace di scongiurare l'utilizzo generalizzato della sanzione penale, che perderebbe così il suo carattere di *extrema ratio*, di eccezione alla regola opposta in base alla quale «la norma penale deve restare un'isola nel mare della libertà»[396].

Tale conclusione è dovuta al fatto che si registra uno slittamento del termine di riferimento del giudizio di indispensabilità: non la tutela del bene giuridico, ma l'attuazione efficace di una politica dell'Unione. «In questo modo cambia radicalmente il tipo di giudizio a cui è subordinato l'intervento penale poiché una norma incriminatrice può a buon diritto essere perfettamente idonea a difendere la tenuta complessiva di un impianto normativo – ad esempio stabilendo cosa è giusto e ciò che è sbagliato o indicando la corretta scala di valori in gioco -, ma al contempo essere del tutto inidonea a proteggere il bene giuridico tutelato»[397].

---

extrapenale. V. anche GRASSO G., *Dopo il Trattato di Lisbona: quale «sistema penale» europeo?*, in GRASSO G.-PICOTTI L.-SICURELLA R., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 698. In questo senso, anche SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 326 ss. Dello stesso avviso è anche BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in PALIERO-VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, 2013, p. 70 ss.: «ci associamo, e aggiungiamo che quello che ci si può aspettare è che questa clausola di limitazione settoriale svolgerà una funzione selettiva molto marginale, per non dire nulla».

[396] PALAZZO F.C., *Legalità penale e considerazioni su trasformazioni e complessità di un "principio fondamentale"*, in AA.VV., *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 36, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1307. Il timore di una legislazione penale ipertrofica è condiviso da PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Edizioni ETS, 2009, p. 272; BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. contemp.*, p. 51 ss.

[397] Così, BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in PALIERO C.E.–VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, 2013, p. 70 ss., il quale precisa che «Noi non siamo per niente convinti che questa clausola di indispensabilità sia idonea a garantire al diritto penale quel carattere di strumento sussidiario di protezione dei beni giuridici, che è ciò che attualmente caratterizza e legittima il c.d. volto costituzionale dell'illecito penale. […] In altre parole, a seconda del termine di riferimento del giudizio di indispensabilità,

Peraltro, la valutazione in termini di indispensabilità a garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione non convince neanche sotto un altro profilo. Il terzo paragrafo prevede che, in caso di disaccordo tra gli Stati membri, si possa instaurare una cooperazione rafforzata tra almeno nove Stati membri. Il requisito della indispensabilità a garantire l'efficace attuazione di una politica dell'Unione non potrebbe mai essere soddisfatto da una cooperazione rafforzata.

Sebbene alla competenza penale accessoria di cui al secondo paragrafo dell'art. 83 TFUE il Programma di Stoccolma abbia dedicato scarsa attenzione[398], le novità in esso introdotte non vanno considerate di poca importanza, mirando a garantire l'effetto utile dei precetti di fonte comunitaria[399] e al contempo ad impedire che taluni Paesi dell'Unione – in assenza di adeguate misure punitive nazionali volte a colpire le più gravi violazioni di tali precetti – si trasformino in veri e propri "paradisi criminali"[400] capaci di vanificare l'opera di prevenzione penale svolta dagli altri Paesi UE[401].

---

si passa dal paradigma penale "teleologico" (o funzionalista, ma ovviamente in un'accezione diversa da quella che il concetto ha in diritto comunitario) al ben diverso paradigma del diritto penale "normativista"». PULITANÒ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, p. 484 ss.; PALIERO C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, p. 430 ss.

[398] Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini (2010/c 115/01), in Gazz. Uff. Eur., 4 maggio 2010, C 115/15.

[399] In merito al principio dell'effetto utile, che impone di consentire il raggiungimento delle finalità proprie delle norme comunitarie, cfr. in generale e per tutti C. NIZZO, *L'art. 5 del Trattato CE e la clausola generale di buona fede nell'integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, p. 381 ss.; M.G. SCORRANO, *Il principio dell'effetto utile,* in S. MANGIAMELI (cura di), *L'ordinamento europeo, II, L'esercizio delle competenze*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 349 ss.

[400] Sulla eventualità che, in presenza di discipline punitive fortemente disomogenee tra gli Stati UE, le attività criminali carattere economico possano concentrarsi in quelle caratterizzate da una disciplina più mite o meno effettiva, cfr. S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1996, p. 142 ss.; H.G. SEVENSTER, *Criminal Law and EC Law*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 30 ss. Con specifico riferimento alla violazione di norme europee a carattere extrapenale, tale fenomeno di *jurisdiction shopping* si manifesterebbe in modo particolarmente evidente laddove in uno o più Paesi membri si riscontrasse – per usare la terminologia utilizzata dal Tribunale costituzionale tedesco nella celebre sentenza "Lissabon-Urteil" del 30 giugno 2009 – un "grave *deficit* di esecuzione" (punto 362) in relazione a tali norme.

[401] Bundesverfassungsgericht, 2. Sent., 30 giugno 2009, in *NJW*, 2009, p. 2267 ss.; il testo della sentenza, tradotto in lingua italiana da Luther, può leggersi sul sito *www.cortecostituzionale.it*, pur ammettendo la conformità all'art. 23 della Legge fondamentale della legge interna di approvazione del Trattato di Lisbona, ha posto una serie di limiti rigorosi alla eventuale espansione delle competenze europee nel campo penale. Sul presupposto che l'unificazione europea, condotta sul filo di una unione pattizia tra Stati sovrani e non di uno Stato federale, deve realizzarsi lasciando agli Stati membri uno spazio sufficiente per la determinazione politica delle condizioni di vita economiche, culturali e sociali, soprattutto con riferimento alle materie riguardanti lo spazio privato della responsabilità individuale e della sicurezza personale e sociale

Da ultimo, occorre precisare che il processo di armonizzazione penale, a cui l'art. 83 TFUE fa riferimento, viene affidato non più al lacunoso strumento della decisione-quadro[402] ma a quello della direttiva: cosicché tale competenza penale europea, pur restando indiretta[403], obbliga ormai gli Stati membri a dare puntuale attuazione alle disposizioni in cui essa si esprime con la minaccia di un ricorso per inadempimento e di una condanna da parte della Corte di Giustizia.

Nello specifico, le direttive, non avendo efficacia diretta, necessitano sempre di un intervento di trasposizione e puntualizzazione da parte degli Stati membri ed è proprio la chiamata in causa dell'organo legislativo nazionale ad evitare che i vincoli europei di penalizzazione si scontrino con il principio di legalità o, per essere più precisi, con il corollario della riserva di legge. Proprio questa necessaria cooperazione fa sì che il riconoscimento delle competenze penali in capo alle istituzioni europee non abbia una portata eversiva rispetto ai principi fondativi del sistema penale, in quanto si tratta pur sempre di una competenza indiretta. Tuttavia, non va dimenticato che gli Stati membri sono tenuti giocoforza a dare attuazione alle direttive adottate dal Parlamento e dal Consiglio sotto la minaccia di un ricorso per inadempimento e della quasi certa condanna da parte della Corte di Giustizia, e che tutto ciò riduca notevolmente la discrezionalità del legislatore interno nelle scelte punitive è lapalissiano. Il Parlamento, infatti, si trova ad essere privato del suo potere di compiere in piena autonomia fondamentali scelte di politica criminale. Non solo. In alcuni settori

---

e dunque agli interventi sui diritti fondamentali, come la privazione della libertà personale nella giustizia penale, il Bundesverfassungsgericht ha precisato che «la giustizia penale dipende, sia nei presupposti materiali della punibilità sia nelle idee sull'equità e adeguatezza del processo penale, da precomprensioni culturali, maturate nella storia e caratterizzate anche dalla lingua, nonché dalle alternative che si formano nel processo deliberativo e stimolano l'opinione pubblica del momento […]». Onde «la penalizzazione di una condotta sociale solo in parte è normativamente deducibile da valori e premesse etiche condivise su scala europea. La decisione sull'offensività della condotta, sul rango dei beni giuridici e sul senso e sulla misura della minaccia di pena è rimessa in larga misura alla responsabilità del processo di decisione democratica. Un conferimento di diritti di supremazia, oltre a quelli della cooperazione intergovernativa, in questo ambito sensibile per i diritti fondamentali può condurre verso una armonizzazione solo per determinati fatti transfrontalieri e solo a condizioni restrittive; in linea di principio devono essere conservati spazi sostanziali di libertà d'azione degli Stati membri».

[402] A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com*., 2007, p. 1171 ss.

[403] Le "norme penali modello" contenute nelle direttive di armonizzazione, infatti, sono prive di efficacia diretta, postulando da parte degli Stati membri una attività di trasposizione e puntualizzazione.

assume la veste di mero esecutore di scelte compiute fuori dai confini interni e, più precisamente, in sede europea. Insomma, ad una più attenta analisi il rispetto dei principi penali è solo formale. La domanda che resta sullo sfondo è fino a che punto tale formale rispetto sia una sufficiente garanzia.

Come si è visto, la questione relativa alla possibilità o meno di riconoscere in capo all'Unione europea un autonomo potere sanzionatorio in materia penale ha assunto contorni ancora più netti a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che, oltre ad aver introdotto l'art. 83 TFUE (ante riforma: art. 87 TCE[404]), ha inserito anche l'art. 86 TFUE[405] che, per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione[406], conferisce al Consiglio il potere di istituire[407], mediante regolamento[408], «a partire da Eurojust»[409], una Procura

[404] In relazione alla comminazione di «ammende e penalità di mora» per l'inosservanza delle regole sulla concorrenza.

[405] Ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il Trattato che istituisce la c.d. Costituzione europea ha previsto talune significative novità in materia di competenza penale dell'Unione, su cui v. G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 124 ss. Una novità introdotta dal Trattato di Lisbona è rappresentata dall'art. 86 TFUE, una disposizione dedicata interamente a stabilire le modalità di futura istituzione di un nuovo organo dell'Unione (par. 1) – la Procura europea – e a prevederne l'ambito delle competenze (parr. 1, 2 e 4), devolvendo ad una futura regolamentazione le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività, all'ammissibilità delle prove, al controllo giurisdizionale degli atti procedurali da essa adottati (par. 3).

[406] Se la istituzione della Procura europea è vincolata alla finalità di «combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione», è però espressamente prevista la possibilità di estenderne i compiti anche al contrasto della «criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale» (art. 86, par. 4, TFUE), con un chiaro rimando alle sfere oggetto della competenza penale di cui all'art. 83, par. 1, TFUE. Il che significa che la Procura europea non è vincolata ad indagare ed agire soltanto con riferimento ai reati di cui all'art. 325 TFUE, e si giustifica dunque sotto questo profilo la collocazione sistematica della sua base giuridica nel citato capo 4 del titolo dedicato allo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia». L'istituenda Procura europea si configura in definitiva come uno "strumento" speciale e privilegiato, ma non "necessario" né esclusivo, per l'adempimento dei doveri di protezione degli interessi finanziari incombenti sull'Unione e sugli Stati membri, di cui all'art. 325 TFUE, partecipando per il resto al più ampio progetto politico dello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» richiamato dal Trattato sull'Unione.

[407] La Procura europea non è istituita dal Trattato. L'art. 86 TFUE è infatti solo la base giuridica per la sua istituzione, che deve avvenire con regolamento dell'Unione. L'adozione di questo atto consegue all'utilizzo di una procedura legislativa speciale (art. 289, par. 2, TFUE), in particolare quella che consiste nella delibera all'unanimità del Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo (art. 86, par. 1, co. 1, TFUE). La proposta di regolamento è stata presentata dalla Commissione il 17 luglio 2013 [COM (2013) 363 def.].

[408] L'art. 86 TFUE accoglie una delle più significative proposte già formulate dalla dottrina, ovvero l'istituzione del Pubblico Ministero europeo deputato alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, tematica che rappresenta più di ogni altra il campo di sperimentazione dell'integrazione penale europea anche per effetto dell'art. 325 TFUE. La Proposta di regolamento del Consiglio del luglio 2013 (COM/2013/0534 final) mira a dare attuazione a tale prospettiva, prevedendo l'istituzione della Procura europea, nonostante le rilevanti obiezioni sollevate da taluni Stati membri circa il mancato rispetto del principio di sussidiarietà

europea[410] competente[411] ad individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori di reati, «definiti» dallo stesso regolamento istitutivo della Procura, che ledono gli interessi finanziari dell'UE[412].

---

comunitaria e l'insufficienza del controllo giudiziario sull'operato del nuovo organo di indagine (Manacorda, S., Le défis d'un droit pénal de l'Union, cit., 2013).

[409] F. RUGGIERI, *Il principio del mutuo riconoscimento alle nuove prospettive della cooperazione in materia penale alla luce del Trattato di Lisbona. Il plus valore della creazione del pubblico ministero europeo*, in G. GRASSO-L. PICOTTI- R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 467 ss. afferma: «Strane l'espressioni "a partire da", from, von, à partir da: un organo parallelo? O un organo inserito in Eurojust e/o che lo assorbe? Probabilmente la norma lascia aperta più di un'opzione: il rafforzamento di Eurojust può accompagnarsi ad un altro soggetto comunitario; ma può anche fondersi con questa novità. […] Ad Eurojust, la cui sfera di attività è sicuramente più ampia interessando la criminalità transnazionale, nonostante l'imprecisione dei termini utilizzati, non sembra sia possibile attribuire il potere di proporre la domanda penale davanti alle singole giurisdizioni nazionali; può iniziare indagini, ma non sembra poter disporre di strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung sowie die Anklageerhebung come il rappresentante dell'accusa che un domani potrebbe addirittura essere investito delle Aufgaben der Staatsanwaltschaft vor den zuständigen Gerichten der Mitgliedstaaten. […] In tale contesto non è neppure necessario dare da subito una analitica risposta alla domanda circa la relazione tra il PM ed Eurojust. Sia che il rappresentante dell'accusa europeo si affianchi, sia che assorba (all'inizio evidentemente solo per i reati che coinvolgono gli interessi finanziari dell'Unione) la struttura oggi esistente (e deputata al solo coordinamento delle indagini di carattere transnazionale) non vi è dubbio che la creazione del titolare di un'azione penale europea cambierebbe radicalmente lo scenario della cooperazione e dell'assistenza giudiziari tra i Paesi membri». Mediante regolamenti approvati dal Parlamento e dal Consiglio secondo la procedura legislativa ordinaria, a Eurojust può essere attribuito il compito di avviare e coordinare indagini penali contro la criminalità grave che interessa due o più Stati membri e che richiede un'azione penale su basi comuni (art. 85 par. 1), purché gli atti ufficiali di procedura giudiziaria siano eseguiti dai funzionari nazionali competenti.

[410] Il Trattato nulla dice sulla composizione della Procura, che verrà presumibilmente definita dal suo Statuto, stabilito con regolamento adottato con la stessa procedura per la sua istituzione (art. 86, par. 3, TFUE). Dal dibattito dottrinale e giurisprudenziale emerge una propensione per una organizzazione su base decentrata: un procuratore europeo, situato in un ufficio centrale stabilito nelle sedi dell'Unione; pubblici ministeri europei delegati in ciascuno Stato membro (Corpus Juris 2000, art. 18; Libro verde, par. 4.2). Al riguardo, F. RUGGIERI, *Il principio del mutuo riconoscimento alle nuove prospettive della cooperazione in materia penale alla luce del Trattato di Lisbona. Il plus valore della creazione del pubblico ministero europeo*, in G. GRASSO-L. PICOTTI- R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 471, afferma che «Ovviamente solo la specifica normativa potrà dire dei caratteri del nuovo istituto. Allo stato, tuttavia, è già intuibile che si tratterebbe di un organo necessariamente articolato attraverso rappresentanti nazionali più o meno autonomi rispetto alle rispettive strutture di provenienza, molto presumibilmente titolare di un obbligo di esercizio dell'azione penale accanto ad ipotesi più o meno ampie di discrezionalità controllata. I controlli sulla sua attività, in mancanza di una base giuridica per un nuovo organo giurisdizionale comunitario, sarebbero attribuiti, almeno nella fase prodromica all'inizio del processo, a giudici delle libertà nazionali e, in occasione dell'azione o della inazione, alla stessa Corte di Giustizia. Molte delle ipotesi sono quelle già avanzate, oltre un decennio or sono, dal Corpus Juris che costituisce ancora oggi il punto di partenza per la valutazione di ciascuna delle prospettive alternative. Ma la riflessione, proprio a causa delle possibilità e delle esplicite sollecitazioni contenute nel Trattato, presumibilmente dovrà incentrarsi sul regime delle prove e su quello dei controlli, piuttosto che, come può dirsi essere stato fatto dagli studiosi in occasione della redazione del Corpus, sulla organizzazione del PME».

Dalla prima 'apparizione' di questo organo nel "*Corpus juris* contenente norme penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione"[413], passando per

[411] I compiti che il Trattato affida alla Procura europea si inseriscono in una fase assai importante della vicenda processuale, quella investigativa e istruttoria che si manifesta tramite l'individuazione, la persecuzione e il rinvio a giudizio degli autori (nonché dei loro complici) di condotte illecite che pregiudicano gli interessi finanziari dell'Unione. A questi si aggiunge il compito di esercitare l'azione penale in relazione a tali condotte davanti agli organi giurisdizionali nazionali. Da questi compiti scaturisce la natura giudiziaria della procura, che dovrà poter esercitare le proprie competenze in modo indipendente tanto dalle istituzioni dell'Unione quanto alle autorità nazionali (ciò che differenzia in modo fondamentale tale agenzia da Eurojust, qualificato, in relazione alle proprie funzioni, organo amministrativo: Corte Cost., 15 aprile 2011, n. 136, Mafredda, par. 6.1).

[412] PICOTTI L., *Superamento della c.d. tecnica del doppio testo e tutela degli interessi europei*, in GRASSO G.-SICURELLA R., *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 350 ss.

[413] Il dibattito sotteso a tale disposizione è invece assai datato. Esso risale ad una iniziativa avviata nel 1995 dal Direttore generale per il controllo finanziario della Commissione, indirizzata a studiare le modalità secondo le quali gli interessi finanziari dell'Organizzazione potessero essere meglio protetti dagli esiti di frodi e di altre attività illecite: il conferimento all'Unione di una competenza di coordinamento degli Stati entro il Cons. in materia penale (avvenuta con il Trattato di Maastricht) e la consapevolezza di una necessaria revisione per migliorarne l'assetto (obiettivo conseguito con il Trattato di Amsterdam) avevano posto le premesse per un superamento delle modalità di tutela del bene giuridico "bilancio dell'Unione", sino ad allora approntata tramite il principio di assimilazione , nonché tramite l'adozione con atti comunitari di sanzioni amministrative (ad. es., reg. CE, 2988/95 del Consiglio del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità, in GUCE L 312, p. 1 ss.). Già in quegli anni si iniziavano tuttavia a percorrere i primi passi sul terreno dell'armonizzazione normativa delle fattispecie di reato e delle relative sanzioni: ciò si fece tramite la cooperazione intergovernativa allora intessuta con accordi di diritto internazionale (Conv. Relativa alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee-PIF del 16 luglio 1995, in GUCE C 316 p. 48, corredata da tre Protocolli: del 27 settembre 1996 contro la corruzione dei funzionari comunitari, in GUCEC 313, p. 1 ss.; del 19 giugno 1997, in materia di confisca, di riciclaggio dei proventi da reato, di responsabilità della persona giuridica, in GUCE C 221, p. 11 ss.; del 29 novembre 1996, concernente l'interpretazione in via pregiudiziale da parte della Corte di Giustizia CE, in GUCE C 151, p. 1 ss.), oggi conferita all'Unione come competenza concorrente ai sensi dell'art. 83 TFUE. Lo studio, affidato dalla Commissione a un gruppo di esperti coordinati da M. Delmas-Marty, fu consegnato entro un Rapporto intitolato «"Corpus Juris" portant dispositions pénal pour la protection des intêrets financiers de l'Union européenne», Paris, 1997. Nei tre anni successivi si aprì un intenso dibattito sulle soluzioni proposte e sulle implicazioni di esse per gli ordinamenti degli allora quindici Stati membri e lo studio fu ripubblicato aggiornato alle obiezioni, precisazioni e integrazioni emerse da tale dibattito (per la versione italiana, v. G. GRASSO-R. SICURELLA, GRASSO G.-SICURELLA R. (a cura di), *Il* Corpus juris *2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Giuffrè, Milano, 2003). Scopo di questa iniziativa era di predisporre un catalogo di principi fondamentali in materia di tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione, funzionali alla creazione di uno spazio europeo di giustizia penale, anche tramite l'istituzione di un pubblico ministero europeo, individuando la base giuridica a ciò necessaria. Dal piano delle idee il dibattito si trasferì allora sul piano istituzionale: la Commissione – nell'ambito delle procedure di revisione dei Tratti comunitari – adottò un parere nel quale si suggeriva «di completare le disposizioni in vigore in materia di tutela degli interessi finanziari della Comunità stabilendo una base giuridica che istituisca un procuratore europeo e consenta l'adozione di norme in materia di azioni giudiziarie penali contro le frodi transnazionali» [COM (2000) 34 del 26 gennaio 2000, punto 5b], poi completato da un «Contributo complementare» tutto concentrato sull'introduzione di un procuratore europeo a difesa degli interessi finanziari europei [COM (2000) 608, del 29 settembre 2000]. In adempimento del piano d'azione 2001-2003 per la protezione degli interessi finanziari della

Comunità europea [COM (2001) 358 del 28 giugno 2000], la Commissione propose una serie di misure specifiche, fra le quali il rilancio del dibattito sull'istituzione di un procuratore europeo [COM (2001) 254 def., punto 4.1]; conseguentemente adottò un Libro Verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea [COM (2001) 715 dell'11 dicembre 2001], al quale seguì una consultazione pubblica i cui risultati sono stati raccolti nel Rapporto sulle reazioni al Libro verde relativo alla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e alla creazione di una procura europea [COM (2003) 128 del 19 marzo 2003]. In questi documenti, come in altri successivi [segnatamente COM (2011) 293, punto 4], il contrasto alle condotte successibili di ledere gli interessi finanziari dell'Unione coniuga strumenti giuridici europei e nazionali, tanto amministrativi che penalistici, prevedendo un punto di forza nell'istituzione di una Procura europea. Il Consiglio europeo, nella sessione di Nizza (7-9 dicembre 2000) che avviò una nuova riforma del Trattato di Unione trascurò la proposta, che venne invece ripresa nella sessione di Laeken (14-15 dicembre 2001) nell'occasione di conferire il mandato alla Convention per l'elaborazione del Trattato "costituzionale": la previsione circa la istituzione di una Procura europea è contemplata nell'art. III-274della versione del Tratto licenziata dalla Conferenza intergovernativa. Alla battuta di arresto conseguita agli esiti negativi degli appuntamenti referendari in Francia e nei Paesi Bassi seguì (il 23 giugno 2007) il conferimento alla CIG dei lavori di riforma dei Trattati di Unione e Comunità europee, con il mandato dettagliato e preciso di riprendere la parte essenziale delle riforme istituzionali approvate nel 2004, abbandonando ogni implicazione costituzionale anche nella terminologia impiegata. La norma sulla Procura europea è stata accolta in modo inalterato nel TFUE. La Procura europea, una volta istituita, sarà uno degli strumenti messi a punto per conseguire l'obiettivo relativo alla costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art. 3, par. 2, TUE): obiettivo che coincide con una omologa competenza stabilita nell'art. 4, par. 2, lett. j), TUE come competenza concorrente. In relazione a tale tipo di competenza il Prot. 25 allegato ai Tratti precisa che «il campo di azione di questo esercizio di competenze copre unicamente gli elementi disciplinati dall'atto dell'Unione [volta a volta] in questione». Alla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia contribuiscono anche taluni poteri d'azione ascrivibili al settore delle competenze di coordinamento, di sostegno e completamento rispetto a quella degli Stati membri, le quali non possono comunque conseguire l'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari nazionali (art. 2, par. 5, TFUE): si tratta della cooperazione amministrativa tra i servizi competenti degli Stati membri e fra tali servizi e la Commissione [art. 6, lett. g), TUE e art. 74 TFUE] e del settore relativo alla prevenzione della criminalità (art. 84 TFUE). La Procura sarà inserita entro la competenza concorrente di Stati membri e Unione, se la sua struttura ricalcherà le proposte emerse dal dibattito dottrinale e istituzionale di cui sopra si è in sintesi riferito. In dottrina, v. A. VENEGONI, *Alcune buone ragioni per l'istituzione di un Ufficio del Procuratore europeo*, in *www.penalecontemporaneo.it* , il quale si domanda «come sia possibile che, nell'Europa del 2012, alla transnazionalità dell'economia, degli affari, e anche di molte altre manifestazioni della nostra vita quotidiana come il viaggiare, lo spedire merci, il poter prestare un'attività in un altro Paese, non corrisponda invece una transnazionalità della giustizia penale, e si arrivi a simili risultati contraddittori. Porta anche a chiedersi, allora, se non sia possibile superare tali situazioni, per esempio attraverso la creazione di organismi di indagine penale sovranazionali, che possano avere una visione unitaria di fatti come quello descritto in apertura ed esercitare l'azione penale con forme e modalità che salvaguardino tale unitarietà»; L. Picotti, Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea, in www.penalecontemporaneo.it; E. Cottu, Il Consiglio europeo adotta i nuovi orientamenti strategici per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il quinquennio 2015-2020, in www.penalecontemporaneo.it; Relazione sul convegno svoltosi a Milano il 25 gennaio 2013, L'istituzione del procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'unione europea, in www.penalecontemporaneo.it, ove si afferma che «Il Procuratore Europeo s'inquadrerebbe come componente di un sistema penale parzialmente unificato che deve trovare la propria identità tra il suo ruolo istituzionale - riconosciuto dall'art. 86 TFUE - e gli attualmente incerti confini delle fattispecie di diritto sostanziale applicabili a livello sovranazionale»; R. Sicurella, Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovrannazionale o diritto nazionale 'armonizzato'? Le questioni in gioco, in www.penalecontemporaneo.it.

la celebre sentenza della Corte di Giustizia sul c.d. "mais greco"[414], si è giunti quindi alla formulazione dell'art. 86 TFUE e, nel 2013, all'adozione della proposta di regolamento istitutivo della Procura europea[415]. Sebbene sul punto siano sorti accesi dibattiti che tuttora dividono dottrina e parti politiche, indubbiamente l'art. 86 TFUE e la relativa proposta conducono ad un netto distacco dal modello (ancora oggi predominante) della cooperazione in favore dell'attuazione di forme sempre più pregnanti di integrazione, nella prospettiva di una progressiva attuazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Proprio da questa premessa muove una parte della dottrina che, valorizzando l'inciso «reati […], quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1», ritiene che con la disposizione in esame si sia inteso conferire all'Unione una competenza diretta in materia penale, potendo gli organi europei introdurre fattispecie incriminatrici, seppur limitatamente al settore degli interessi finanziari di cui è investita la Procura europea.

Altra parte della dottrina[416] parla, invece, seppur problematicamente, di una competenza quasi diretta dell'Unione in materia di interessi finanziari, in quanto il regolamento europeo stabilirebbe i precetti penali e le norme minime sul contenuto delle sanzioni (ad es., tipologia, limiti edittali, misure di conversione), demandando però alla legge nazionale il compito di stabilire il funzionamento delle pene comminate (la c.d. fase dell'esecuzione). Secondo tale impostazione, questa lettura della disposizione in esame si fonderebbe sul confronto terminologico tra gli artt. 86 e 83, par. 1, TFUE: in particolare si sostiene che la "bipartizione" tra reati e pene sarebbe prevista dallo stesso Trattato, laddove all'art. 83 TFUE si usa il sintagma «definizione dei reati e delle sanzioni». Tuttavia, i fautori della prima tesi contestano tale argomentazione, evidenziando che mentre nell'art. 83 TFUE i due aspetti – reato e sanzioni – sono distinti, al contrario nell'art. 86 TFUE viene utilizzato l'onnicomprensivo termine «reato». Giocoforza, in quest'ultima disposizione si è voluto ricomprendere nella nozione di «reato» sia l'aspetto della descrizione precettiva che quello sanzionatorio, nella

[414] Di cui si dirà più ampiamente nel prosieguo della trattazione.
[415] Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea, COM(2013) 534 final, Bruxelles, 17 luglio 2013.
[416] C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1146 ss.

convinzione che il diritto di veto del Parlamento europeo (che, limitatamente a questa ipotesi, caratterizza la procedura legislativa di adozione del regolamento) sia idoneo a garantire il contenuto sostanziale della riserva di legge.

Degna di nota è, infine, l'opinione di chi[417] ritiene che il concetto di «reati […] definiti dal regolamento» utilizzato nell'art. 86, par. 2, TFUE vada inteso come "reati individuati dal regolamento" sulla base di una elencazione di fattispecie criminose già previste a livello nazionale, senza che l'Unione possa prevedere gli elementi costitutivi di siffatti reati[418]. Invero, l'attribuzione di una competenza penale diretta non può essere attribuita attraverso una norma sostanzialmente di carattere procedurale, tesa alla individuazione delle possibili competenze della Procura europea, occorrendo per un tale epocale passaggio una espressa, chiara e precisa previsione che sia espressione di una decisione politica inequivocabile. Posto che le norme penali e della procedura penale concernono i diritti fondamentali del cittadino, postulando, dunque, un rapporto effettivo di carattere democratico con la potestà competente a legiferare, le norme pattizie circa le competenze relative all'ambito penale vanno interpretate in senso stretto e, comunque, assolutamente mai in modo estensivo[419].

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, si deve escludere che le fonti normative del diritto comunitario possano introdurre nuove disposizioni incriminatrici destinate ad avere efficacia diretta nei territori degli Stati membri. Dunque, gli organi dell'Unione non possono esercitare una potestà punitiva,

---

[417] GRASSO G., *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in GRASSO G.- SICURELLA R. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 696 ss.

[418] GRASSO G., *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in GRASSO G.- SICURELLA R. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 696 ss.

[419] Tuttavia, occorre tenere presente che la letteratura che si è pronunciata sulla analoga disposizione prevista nel Trattato costituzionale del 2004 ebbe modo di ritenere che quella norma – l'art. III-274 di quel testo – attribuisse proprio una competenza penale diretta. V. BERNARDI A., *"Riserva di legge" e fonti europee in materia penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara* – Scienze giuridiche, vol. XX, 2006, p. 5 ss.; MANACORDA S., *Los extrechos caminos de un derecho penal de la Union Europea. Problemas y perspectivas de una competencia penal "directa" en el Proyecto de Tratado Constitucional*, in *Criminalia*, 2004, p. 208 ss. *Contra*, GRASSO G., *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in GRASSO G.- SICURELLA R. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 696 ss. secondo cui l'omologa disposizione prevista nel Trattato costituzionale non attribuisce all'Unione europea la competenza diretta in materia penale, vale a dire la possibilità di prevedere reati e pene in un atto direttamente applicabile.

nemmeno nel limitato settore degli interessi finanziari a cui fanno riferimento gli artt. 86 e TFUE, non potendo l'ordinamento dell'Unione essere fonte diretta di produzione del diritto penale.

Al legislatore nazionale rimane il monopolio nella costruzione del tipo penale, essendo peraltro escluso che le fonti europee possano partecipare all'individuazione del comportamento punibile attraverso la tecnica del rinvio al regolamento europeo. Nonostante si ritenga che detta fonte abbia le caratteristiche di un provvedimento "a portata generale", in quanto «obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri» e che la giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana[420] abbia stabilito il principio del primato del diritto comunitario, con la conseguenza di poter dichiarare prevalente la norma europea sulla norma penale interna, ciò non sembra tuttavia sufficiente a ritenere che nella materia penale – ove vengono in gioco valori come la libertà persona – possa deflettere il principio della riserva di legge statale. Livello di garanzie per il cittadino che sembra salvaguardato solo nel caso di integrazioni di specifici elementi tecnici contenuti nella norma penale, per la cui esatta interpretazione si faccia ricorso alla fonte extrapenale comunitaria[421].

[420] Corte. Cost., 8 giugno 1984, n. 17, in *Foro it.*, 1984, I, p. 2062 ss.

[421] A tale questione è strettamente connessa quella relativa alla natura della riserva di legge in materia penale, se assoluta o relativa. Nel primo caso il legislatore sarebbe chiamato a disciplinare in modo esaustivo tutta la materia penale; ove la riserva fosse invece relativa, il legislatore ordinario potrebbe limitarsi a fissare i principi cardine della disciplina positiva, rinviandone il completamento a terze fonti o a fonti anche subordinate a quelle principali, tenute tuttavia a conformarsi ai criteri previamente fissati in sede di normazione primaria. Il principio costituzionale di riserva di legge osta non solo all'autonoma creazione di norme penali da parte delle istituzioni comunitarie, ma anche alla possibilità che norme penali interne, limitandosi a contemplare la sola sanzione, rinviino, invece, a disposizioni comunitarie per la individuazione in tutto o in parte del precetto. In particolare, deve considerarsi il rapporto tra la norma sanzionatoria, cioè quella che prevede la pena da applicare alla fattispecie di reato, e la norma che invece, proprio in ragione della propria estraneità al codice penale, viene chiamata dalla prima a definire o talvolta integrare il precetto penale. È necessario sul punto distinguere a seconda del tipo di rinvio operato dalle norme di diritto comunitario. Nel caso in cui vi fosse un rinvio di tipo fisso, la scelta del legislatore nazionale di qualificare come penalmente rilevante una determinata condotta risulterebbe del tutto insensibile alle variazioni di antigiuridicità indotte dall'applicazione del diritto comunitario, cosicché il giudice nazionale potrebbe trovarsi di fronte alla situazione, vieppiù paradossale, per cui un fatto umano, precedentemente considerato dal diritto interno come reato, che tuttavia assumesse una configurazione nuova per effetto della norma comunitaria, potrebbe perdere la propria "nazionalità" laddove venisse meno la originaria norma di riferimento. Nell'ipotesi del rinvio c.d. mobile, invece, il legislatore nazionale dovrebbe partire dall'assunto per cui in certe materie (specialmente quelle economiche), particolarmente rilevanti per la tutela dei beni e degli interessi dell'UE, deve

CAPITOLO III

IL DIRITTO PENALE SECONDO IL SISTEMA CEDU

SOMMARIO: 1. *L'ingresso della CEDU nell'ordinamento italiano e la giurisprudenza-fonte della Corte di Strasburgo*. – 2. *La concezione autonomista dei reati e delle pene elaborata dalla Corte di Strasburgo nell'ambito della interpretazione dell'art. 7 CEDU.* – 2.1. *La confisca urbanistica*. – 2.2. *La "tormentata" natura della confisca ex artt. 186 e 187 C.d.S. e la sua inapplicabilità nel caso di veicolo oggetto di un contratto di leasing.* – 3. *Il rapporto tra illecito penale ed illecito amministrativo. Ne bis in idem processuale. La sentenza Grande Stevens*. – 4. *I valori della accessibilità e della prevedibilità quali condizioni essenziali ai fini del rispetto del principio di legalità*. – 4.1. *Il tentativo di rapina impropria*. – 4.2. *Il caso Contrada*. – 5. *La retroattività della legge penale più favorevole. Il caso Scoppola*. – 5.2. *I fratelli minori di Scoppola*. – 6. *Nuove incriminazioni di fonte giurisprudenziale.* – 7. *Sulla applicazione retroattiva dei mutamenti giurisprudenziali favorevoli.*

1. L'ingresso della CEDU nell'ordinamento italiano e la giurisprudenza-fonte della Corte di Strasburgo.

A poco più di due anni dall'entrata in vigore della Costituzione si è affacciata nello scenario internazionale la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e

considerarsi reato la violazione delle norme comunitarie poste a presidio di tali beni ed interessi, con conseguente ed elastico adeguamento delle norme penali interne alle modificazioni prodotte dalle norme richiamate. Ma tale soluzione, sebbene risulti funzionale ad un adattamento sistematico della tutela penale al divenire degli interessi protetti in sede comunitaria, rischia di determinare degli evidenti problemi di armonizzazione con il principio di statualità della legge penale, poiché di fatto legittima il legislatore comunitario – non quello nazionale – a definire i comportamenti suscettibili di rilevanza penale o a modificare, se del caso, la configurazione giuridica delle condotte precedentemente previste come illecite dal diritto penale nazionale. Si profila, pertanto, la necessità di un bilanciamento tra le istanze favorevoli alla permanenza della sovranità nazionale come garanzia della produzione normativa sancita da solidi vincoli costituzionali e le pulsioni verso il raggiungimento dell'armonizzazione delle normative nazionali, ritenuta dalla dottrina la soluzione più idonea al problema della frammentazione della legislazione penale e della inerzia di alcuni legislatori nazionali. V. RONCO M., *La legge penale, Fonti, tempo, spazio, persone*, Zanichelli, Bologna, 2010, p. 174 s.; H. SATZGER, *Politica criminale europea: pericoli o prospettive per gli ordinamenti penali nazionali all'interno dell'Unione europea*, in PALIERO C.E.-VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, 2013, p. 285 ss.

delle libertà fondamentali (CEDU)[422] che nell'ordinamento italiano, fino a poco più di un decennio fa, non rappresentava che una raccolta di principi e valori non dissimile da altre carte di diritti e che oggi, invece, unitamente alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, rappresenta uno dei capisaldi su cui il diritto penale si muove nell'ambito dei confini dagli stessi tracciati[423].

Come noto e come già chiarito nel capitolo I della presente trattazione, l'inversione di tendenza si ebbe ad opera delle sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007, con le quali i giudici della Consulta assegnarono alle norme della CEDU valore costituzionale, intese come norme interposte sulla base dell'art. 117, co. 1, Cost.[424]. Le stesse, nello specifico, «vincolano lo Stato, ma non producono effetti

[422] Il diritto penale nazionale non subisce soltanto l'influenza esterna delle norme del diritto UE. Infatti una forte incidenza sugli istituti penalistici italiani è esercitata, esclusivamente in melius nella prospettiva sia del soggetto indagato/imputato che del reo, anche dalla CEDU del 1950, ratificata e resa esecutiva in Italia con Legge n. 848/1955.

[423] Superata la tesi del carattere meramente programmatico delle norme della CEDU è ormai invalsa la tesi della immediata precettività delle stesse a determinate condizioni. È di tutta evidenza che il carattere immediatamente precettivo delle disposizioni CEDU e il loro rango di norme sovraordinate alle leggi interne finisce per il riverberarsi pió o meno direttamente anche sulla materia penale. Sull'impatto della CEDU e delle sentenze della Corte di Strasburgo nell'ordinamento interno, v. O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Diritto pen. contemp*., n. 2, 2013, p. 159 ss. Cfr., anche, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012, *passim*.

[424] Affrontando la questione relativa alla posizione e al ruolo delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento giuridico italiano, la Corte Costituzionale ha rilevato che alle stesse debba essere riconosciuta natura di parametro costituzionale interposto *ex* art. 117, comma 1, Cost. e che, in ipotesi di contrasto con una norma interna, il giudice nazionale non possa disapplicare quest'ultima, dovendo al contrario adire la Consulta che potrà dichiarare, se del caso, la illegittimità costituzionale della disposizione nazionale confliggente con la Convenzione. I giudici della Corte costituzionale hanno altresì escluso che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali, evidenziando che «tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost. e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione» (Corte Cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Corriere giur*., 2008, p. 153 ss.). Più di recente, Corte Cost., 11 marzo 2011, n. 80, in G.U. 16 marzo 2011, n. 12, prendendo una posizione netta riguardo agli effetti della entrata in vigore del Trattato di Lisbona sulla collocazione della C.E.D.U. nel sistema delle fonti, ha affermato che le variazioni apportate all'art. 6, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione europea - e, in particolare, la sostituzione della locuzione «rispetta» (presente nel vecchio testo della disposizione citata) con l'espressione «fanno parte» - non sono tali da intaccare la validità delle conclusioni a cui è pervenuta la Consulta nelle precedenti decisioni nn. 348 e 349 del 2007. Sui rapporti tra diritto penale interno e C.E.D.U., v. ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile": quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, 2008, *passim*; NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, 2006; PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, ETS, 2009, p. 220 ss.; VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2007, p. 84 ss.; VIGANÒ F., *Obblighi convenzionali di tutela penale*, in AA. VV., *La convenzione europea dei diritti*

diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto». La Corte Costituzionale ha prediletto il modello di sindacato accentrato di costituzionalità piuttosto che un modello diffuso il quale, al contrario, consente ai giudici comuni di risolvere l'eventuale antinomia tra norme disapplicando la norma interna. In altri termini, il compito di verificare il contrasto normativo, ove questo non fosse risolvibile in via interpretativa, è rimesso alla Corte Costituzionale.

È bene però fare una precisazione. La Consulta, nel dichiarare il rango sub-costituzionale della CEDU, ha fatto esplicito riferimento alle norme della Convenzione così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, e non alle sue disposizioni, nella consapevolezza che il contenuto precettivo di tali regole CEDU derivi dall'incontro del formante convenzionale (il testo della Convenzione) e del formante giurisprudenziale, attribuendo il monopolio interpretativo della Convenzione alla Corte EDU. Deve allora parlarsi più propriamente di "sistema CEDU", ove con tale espressione si intende fare riferimento alle disposizioni convenzionali così come interpretate dalla Corte di Strasburgo[425].

---

dell'uomo nell'ordinamento penale italiano, a cura di MANES V.-ZAGREBELSKY, Giuffrè, 2011, p. 109 ss.; CAPPUCCIO L., *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, in *Foro it.*, I, 2008, p. 47 ss.; F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, in *Foro it.*, 2008, I, p. 50 ss.; P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte Costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, ESI, 2008, p. 59 ss.; MIRATE, *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte costituzionale inaugura il giudizio di "convenzionalità"* ex *art. 117 Cost.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 65 ss.; G. DUNI, *Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 53 ss.; P. STELLA RICHTER, Po*stilla a Duni, Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, in *Giust. Civ.*, 2008, p. 63 ss.; M. COMPORTI, *La giusta indennità espropriativa tra giurisprudenza europea e giurisprudenza italiana*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, p. 37 ss.; B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, in *Giur. it.*, 2008, p. 569 ss.; R. CALVANO, *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza 348/2007: Orgoglio e pregiudizio?*, in *Giur. It.*, 2008, p. 573 ss.; G. REPETTO, *Diritti fondamentali e sovranità nello stato costituzionale chiuso. Prime osservazioni critiche sulla sentenza 349 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Giur. It.*, 2008, p. 309 ss.; M. SELVAGO, *La dimensione temporale nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale e nella successiva giurisprudenza di legittimità*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 1376 ss.

[425] La giurisprudenza ordinaria successiva alle sentenze gemelle si è uniformata prontamente allo spirito delle medesime, imboccando la strada della proposizione di questioni di legittimità costituzionale *ex* art. 117, co. 1, Cost. di fronte al sospetto contrasto tra una norma interna e una norma CEDU o dei suoi protocolli, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo. E ciò senza

Certo è che si tratta di un sistema di *case-law*, in quanto tale caratterizzato da una giurisprudenza-fonte che offre nelle sue pronunce risposte concrete a problemi concreti in ragione della specificità del caso di specie e, dunque, dei valori e dei molteplici fattori che ivi vengono in gioco. Ecco allora la difficoltà, se non l'impossibilità, di poter estendere i *dicta* europei oltre il singolo caso oggetto di decisione da parte della Corte di Strasburgo. Tant'è che si profila il rischio per l'organo giudiziario nazionale di incorrere in un uso selettivo, forse anche arbitrario, dei precedenti della Corte EDU, come del resto potrebbe avvenire qualora la decisione del giudice interno si fondasse su un principio accolto in una pronuncia di Strasburgo ma disatteso in altre. Peraltro, la mancanza di coerenza negli orientamenti della Corte EDU, spesso frutto di uno sviluppo casuale, favorisce questo tipo di fenomeni[426].

Ancora, con riferimento ai rischi legati ad un uso dostorto delle pronunce dei giudici di Straburgo, occorre richiamare le cc.dd. disanalogie[427], caratterizzate dalla indebita estensione di un principio a situazioni che difettano dei

---

mancare di fare largo uso dello strumento dell'interpretazione conforme. VIGANÒ F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte Costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra e "dialogo". Qualche osservazione dall'angolo visuale di un penalista*, in *Dir. pen. contemp.*, 2014, p. 10; VIGANÒ F., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in CORSO P.-ZANETTI E. (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, La Tribuna, Piacenza, 2010, p. 617 ss.

[426] In questi casi si ricadrebbe nell'ambito della cosiddetta fallacy of cherry-picking, o attenzione selettiva, che intenzionale o meno, porta a focalizzare l'attenzione solo su quei casi o dati che paiono confermare la tesi sostenuta, ignorando, viceversa, tutti i dati che porterebbero ad una conclusione diversa (è ciò che accade nella cernita delle ciliegie da un cestino, l'attenzione cade sulle migliori portando a non notare lo stato dei frutti restanti). Perciò, come è stato sottolineato da DI GIOVINE O., Come la legalità penale sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione, in Dir. pen. contemp., n. 1/2013, p. 159 ss., sarebbe opportuno non dedurre alcuna regola dall'esito di una o più pronunce isolate della Corte. Una precisa analisi dei fenomeni denunciati in MANES V., *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 28 e ss.

[427] Sul punto si segnala TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, in L. MEZZETTI-E. FERRER MAC-GREGOR, Diritto processuale costituzionale, Cedam, Padova, 2010, p. 497 ss., il quale ricorda che «la circostanza che poiché il precedente è sempre una decisione relativa ad un caso particolare, occorre che il significato della regola giuridica usata come criterio di decisione venga "concretizzato" per riferirlo alla soluzione del caso particolare: il precedente non si comprende se l'interpretazione della norma che in esso è stata applicata non viene connessa direttamente con la fattispecie concreta che è stata decisa. […] la decisione resa sul caso precedente può spiegare effetti in qualche modo prescrittivi e normativi sulla decisione del caso successivo soltanto a condizione che dal precedente specifico possa derivarsi una regola applicabileanche ad altri casi, ossia che la decisione formulata in diritto sul caso precedente sia universalizzabile». Per approfondimenti sul tema del precedente cfr. A. GUAZZAROTTI, Uso e valore del precedente CEDU nella Giurisprudenza costituzionale e come posteriore alla svolta del 2007, relazione al Seminario di studi "La CEDU tra effettività delle garanzie e integrazione degli ordinamenti", Università degli Studi di Perugia, 17 novembre 2011, in *www.dirittocomparati.it*.

pressupposti perché possa essere fatta applicazione del tanto discusso istituto della analogia. La disanalogia, in particolare, si ha in quelle ipotesi in cui un principio, espunto dal contesto fattuale nel quale è stato enunciato, viene indebitamente universalizzato. Ma, un precedente non può comprendersi se l'interpretazione della norma in esso applicata viene espunta dal suo contesto fattuale, in quanto questo potrà, a sua volta, essere preso in considerazione solo ponendo a raffronto le fattispecie e, in caso di analogia, fra i casi trovare applicazione.

Last but not least, nel fare applicazione della giurisprudenza-fonte vi è la non remota possibilità di incappare nel c.d. falso sillogismo (o sillogismo improprio) che si verifica qualora da due premesse vere si deduca una conclusione falsa o non necessaria. Tale profilo di forte criticità è stato affrontato dalla Corte Costituzionale[428] nello "smascherare" il falso sillogismo celato dietro la tesi secondo la quale anche un mutamento giurisprudenziale *in bonam partem* dovrebbe legittimare la revoca della sentenza di condanna. Tale (erronea) conclusione discenderebbe dall'innesto di due diversi principi: quello di retroattività della legge favorevole e quello dell'equiparazione tra giurisprudenza e legge, principi enunciati in contesti e con finalità diverse, insuscettibili di essere sommati per farne discendere la suddetta conclusione[429].

A brevissima distanza di tempo dalla emanazione delle sentenze gemelle, la Corte Costituzionale[430] ha ritenuto di dover precisare che, sebbene il monopolio

[428] Nella sentenza n. 239/2009 la Corte Costituzionale ha sottolineato come il riscontro di una analogia fra i casi «rappresenta un presupposto necessario per importare il principio affermato in sede europea nell'ambito del controllo di legittimità costituzionale».

[429] Così Corte Cost., 8 ottobre 2012, n. 230, in *www.cortecostituzionale.it*.

[430] Nella sentenza n. 311 del 2009 si rinviene il primo sforzo della Corte di riappropriarsi di quel margine di apprezzamento rispetto alla Convenzione, di cui troppo in fretta si era spogliata in occasione delle sentenze del 2007. In essa si trova precisato che «l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea». Soltanto laddove il conflitto non possa essere ricomposto per via interpretativa dal giudice comune, sarà necessario sollevare questione di legittimità costituzionale, *ex* art. 117 Cost., della normativa interna per contrasto con le disposizioni CEDU. Una volta «sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta a questa Corte il compito anzitutto di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo». Inoltre, ed ecco il passaggio fondamentale, «la Corte dovrà anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53». Nell'ipotesi opposta,

come si legge ancora più chiaramente nella sentenza n. 317, «è evidente che questa Corte non solo non può consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale. La conseguenza di questo ragionamento è che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti. Nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Questo bilanciamento trova nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta anche a questa Corte nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali [...]. Naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali — compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. — si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea. Il risultato complessivo dell'integrazione¯ delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali». L'idea del *maximum standard* è qui declinata, dunque, non già con riferimento al singolo diritto fondamentale che entra di volta in considerazione, bensì con riferimento ad un saldo complessivo, che mira alla massima tutela non solo dei diritti fondamentali, ma anche di tutti i principi e gli interessi, di natura pubblica e privata, riconosciuti dalla Costituzione italiana. Proprio su questo si appunta la critica di F. Viganò, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche, cit., pp. 18 e 19. Nella recente sentenza costituzionale n. 264 del 2012 (caso Pensioni Svizzere) la Corte rifiuta di adeguare l'ordinamento interno alla pronuncia di condanna dell'Italia resa dalla Corte di Strasburgo nel noto caso Maggio, fondando la propria decisione proprio sulla necessità del bilanciamento fra gli interessi tutelati nella pronuncia europea con gli altri interessi costituzionalmente protetti. La sentenza ha origine dalla questione di legittimità sollevata dalla Corte di cassazione, sezione lavoro, in riferimento all'articolo 117, primo comma, della Costituzione in relazione all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. La Corte osserva che «la richiamata disposizione convenzionale, come applicata dalla Corte europea, integra pianamente il parametro dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione, rispetto al quale il Collegio rimettente ripropone il dubbio di illegittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 777, della legge n. 296 del 2006. Tuttavia, nell'attività di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti cui, come dianzi chiarito, anche in questo caso è chiamata questa Corte, rispetto alla tutela dell'interesse sotteso al parametro come sopra integrato prevale quella degli interessi antagonisti, di pari rango costituzionale, complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata. In relazione alla quale sussistono, quindi quei preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva. Ed infatti, gli effetti di detta disposizione ricadono nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'articolo 81, quarto comma, della Costituzione, ed assicura la razionalità complessiva del sistema stesso (sent. n. 172 del 2008), impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, e così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali. È ispirata, invero, ai principi di uguaglianza e di proporzionalità una legge che tenga conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera siano quattro volte inferiori a quelli versati in Italia e operi, quindi, una riparametrazione diretta àndere i contributi proporzionati alle prestazioni, a livellare i trattamenti, per evitare sperequazioni e a rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni. Né è priva di rilievo la circostanza che la sentenza della Corte EDU, che è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a

interpretativo della Convenzione sia affidato alla sola Corte europea, la stessa Consulta ha il compito di garantire che dall'ingresso delle norme convenzionali non scaturisca, anziché un «innalzamento», un «arretramento» del livello di tutela dei diritti già garantito nell'ordinamento italiano[431]. Si tratta, con tutta evidenza, di un ridimensionamento e di una relativizzazione della cogenza delle interpretazioni delle disposizioni della CEDU fornite dalla Corte di Strasburgo[432], anche se – è bene sottolineare – è la stessa Convenzione ad

singoli diritti, i diversi valori in giuoco, da un lato, ritenga sussistente, nella specie, la violazione del diritto dei ricorrenti ad un equo processo, solo per questo riconoscendo loro un indennizzo, e, dall'altro, escluda la violazione dell'articolo I del Protocollo n. 1, pur denunciata dai ricorrenti sotto il profilo dell'ingerenza nel pacifico godigzento dei loro beni attraverso la riduzione della pensione».

[431] Il richiamo alla necessità del rispetto della mera "sostanza" degli orientamenti di Strasburgo che compare nella sent. n. 311/2009 è stato criticato da parte della dottrina, tra cui si veda ancora F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte Costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo". Qualche osservazionale dall'angolo visuale di un penalista*, in *Dir. pen. contemp.*, 2014, p.19, secondo il quale il riferimento alla "sostanza della giurisprudenza" rappresenta il secondo dei «tre cattivi argomenti della Corte Costituzionale» utilizzati per svincolarsi dalla sottomissione alla Corte di Strasburgo, alla quale si era piegata due anni prima, il primo di tali argomenti è dato dall'affermazione della Corte del «necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti», mentre ad opinione dell'autore un confronto mirante al proclamato maximum di garanzia avrebbe dovuto piuttosto avere ad oggetto il diritto come tutelato dall'ordinamento interno e lo stesso come tutelato nel sistema CEDU. Infine il terzo e ultimo argomento speso dai giudici della Consulta, secondo cui «la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»: compito che solo la Corte Costituzionale sarebbe in grado di svolgere, in chiave non già di "affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma [di] integrazione delle tutele"; mentre la Corte europea avrebbe un approccio per così dire «atomistico», incentrato sulle sole ragioni di tutela del singolo diritto invocato dal ricorrente. Secondo l'autore l'affermazione davvero non rende giustizia allo specifico modus operandi della Corte di Strasburgo, che pressoché in ogni giudizio nel quale si discute della violazione di un diritto fondamentale lamentata dal ricorrente si fa carico di bilanciare le ragioni di tutela di tutela di tale diritto con l'insieme dei controinteressi invocati in sede processuale dallo Stato resistente. Ancora, a suo avviso, la genericità di tale affermazione maschera una "finzione, di ossequio alla giurisprudenza europea" consentendo alla Corte costituzionale di disattendere le indicazioni di Strasburgo senza sviluppare alcun argomentato dissenso, l'opinione è condivisa anche da E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2013. Cfr. anche sul punto gli acuti rilievi critici di A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale (a "prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in *Diritti comparati*, 14 dicembre 2012, p. 551.

[432] L'apertura dell'ordinamento italiano agli influssi degli ordinamenti sovranazionali ha ricevuto una spinta ancora maggiore a seguito del progressivo consolidarsi dell'idea secondo cui il giudice italiano, in materia di diritti fondamentali dell'uomo, è tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della Corte EDU. L'art. 41 CEDU statuisce che «Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa». Inoltre, l'art. 46 CEDU (rubricato «Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze»), statuisce che «Le alte Parti Contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle

autorizzare la non applicazione delle sue norme qualora dalla loro interpretazione derivi o possa derivare un *vulnus*, un pregiudizio per i diritti riconosciuti dall'ordinamento interno. In altre parole, l'applicazione della Convenzione si giustifica se assicura un "*surplus*" di tutela, in aderenza a quanto previsto dall'art. 53 CEDU, secondo il quale «nessuna delle disposizioni della [...] Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o recare pregiudizio ai Diritti dell'Uomo e alle Libertà fondamentali che possano essere

---

quali sono parti». Una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo, dunque, fa nascere in capo allo Stato anzitutto l'obbligo di rimuovere le cause della violazione, ripristinando la situazione anteriore alla stessa, mentre solamente in via sussidiaria, qualora nel caso specifico non sia possibile la rimozione delle conseguenze della violazione, questa darà diritto al risarcimento, eventualmente riconosciuto dal giudice europeo, a titolo di equa soddisfazione. Per ottemperare alla obbligazione di risultato che discende dall'accertamento della Corte europea, le autorità nazionali devono prevedere, all'interno del loro sistema processuale, misure idonee a ripristinare la situazione giuridica preesistente alla suddetta violazione. Le sentenze della Corte di Strasburgo hanno infatti natura dichiarativa, non potendo i giudici europei cassare la norma violativa dei principi sanciti dalla CEDU. Ne discende che gli Stati parte sono liberi nella scelta del meccanismo più idoneo alla restitutio in tegrum, con l'unico limite della idoneità del mezzo in relazione al fine perseguito. Sebbene già da tempo espressamente stabilita dall'art. 46 CEDU, la forza vincolante delle sentenze della Corte è stata, solo di recente, riconosciuta salla Cassazione civile italiana, in tema di quantificazione della somma dovuta a titolo di equa riparazione per irragionevole durata del processo in base alla legge 24 marzo 2001, n. 89 (meglio nota come legge Pinto), affermando l'obbligo del giudice nazionale di tenere conto dei criteri di determinazione della riparazione applicati dalla Corte europea, riconoscendo un effetto giuridico diretto e vincolante alle sue sentenze (Sez. Un., 26 gennaio 2004, n. 1338). Inoltre, la Suprema Corte, nell'affrontare il tema dei rapporti tra le sentenze della Corte europea, che abbiano accertato la sussistenza della violazione di una norma della CEDU in un determinato processo, ed il giudicato già verificatosi nell'ordinamento interno, ha sostenuto che le sentenze del giudice europeo producono effetti sul processo nonostante il passaggio in giudicato della relativa decisione penale e comportano l'obbligo per il giudice italiano di conformarsi alla sentenza della Corte europea. Sul punto, v. Cass., 25 gennaio 2007, n. 2800; Trib. Roma, 9 novembre 2006; Cass., 3 ottobre 2006, n. 32678 nella quale si legge che «qualsiasi sentenza della Corte di Strasburgo che accerti una violazione dell'art. 6 C.e.d.u. posta in essere dall'autorità nazionale verrà sempre, inevitabilmente, fisiologicamente (e quindi istituzionalmente) a collidere con un giudicato nazionale. Ed è appena il caso di aggiungere che il principio di intangibilità del giudicato, nel nostro ordinamento giuridico, non è poi così assoluto (basti pensare all'istituto della revisione ovvero al più recente istituto del ricorso straordinario ex art. 625-bis c.p.p.)». Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, n. 45807, ha pure chiarito che lo strumento processuale che consente di applicare in ambito interno la declaratoria di violazione di una norma convenzionale è il ricorso straordinario in Cassazione per errore materiale o di fatto *ex* art. 625 *bis* c.p.p., attraverso una applicazione analogica del relativo disposto che non ha carattere eccezionale (nel caso di specie, la Corte, facendo ricorso all'art. 625 *bis* c.p.p., ha revocato una sua precedente sentenza, limitatamente alla diversa e più grave qualificazione giuridica del fatto, ostativa alla declaratoria di estinzione per prescrizione, operata ex officio in sede di legittimità, senza aver consentito alla difesa il contraddittorio sulla diversa imputazione). Nel caso Dorigo Cass., Sez. II, 1 dicembre 2006, ha ritenuto che «il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite all'art. 6 C.e.d.u. e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legisaltore abbia omesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo».

riconosciuti in base a leggi di ogni Parte Contraente o in base ad ogni altro diritto riconosciuto dalle nazioni civili». Ed allora, la Consulta potrà dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU, solo quando al termine della verifica suddetta risulti che la norma europea garantisca un livello di tutela maggiore. In conclusione, la Corte Costituzionale rivendica il suo ruolo di custode dei diritti e delle garanzie costituzionali, avocando a sé il compito di garantire una tutela dei diritti fondamentali «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»[433].

Volgendo lo sgurado alla materia penale, può accadere che l'esercizio di un diritto fondamentale sancito dalla CEDU collida con la portata di un istituto di matrice interna o con una norma incriminatrice statale. Può cioè verificarsi il caso in cui l'ambito di operatività di un istituto penale debba essere, a seconda dei casi, ampliato o ristretto affinché si dia effettiva tutela ad una libertà o un diritto fondamentale oppure che le modalità di esplicazione di una libertà o un diritto fondamentale integrino gli estremi di un reato previsto da una norma

[433] F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte Costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo". Qualche osservazionale dall'angolo visuale di un penalista*, in *Dir. pen. contemp.*, 2014, p. 21, non manca, ancora una volta, di segnalare come volente o nolente la Corte Costituzionale debba accettare che «nello spazio giuridico europeo la Convenzione europea, liberamente ratificata anche dall'Italia, indica nella Corte di Strasburgo il giudice ultimo dei diritti fondamentali». Questo non vuol dire negare la sua competenza in quanto «i diritti fondamentali sono oggetto anche della protezione concorrente delle costituzioni nazionali, e certamente della Costituzione italiana, che individua nella Corte costituzionale il giudice competente a decidere della loro estensione, almeno nei confronti degli atti del potere legislativo. Il che spalanca la possibilità, appunto, di conflitti nella valutazione relativa all'estensione di tali diritti da parte della Corte europea e della Corte costituzionale, così come del resto tra le valutazioni di queste corti e quelle della Corte di giustizia dell'Unione europea, competente a determinare in via interpretativa il contenuto dei diritti riconosciuti dalla Carta. Dopo tutto, ciascuna Corte è in linea di principio, nel proprio ordinamento, un'istanza superiorem non recognoscens». La Consulta ricorda inoltre di aver «affermato, e qui intende ribadirlo, che ad essa è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve; ma alla Corte costituzionale compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data alla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.». Afferma DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. contemp.*, 2013, p. 159 ss., che con le seconde sentenze gemelle sembrava che il giudice costituzionale avesse escogitato un meccanismo in grado di assicurare la circolare e costante integrazione fra i sistemi nazionale ed europeo, sospinto dal moto perpetuo di una incessante implementazione di garanzie.

incriminatrice interna. In tale ultima ipotesi, si potrebbe ritenere scriminata *ex* art. 51 c.p. la condotta posta in essere in attuazione del diritto fondamentale; ancora, si potrebbe sostenere, ove si sia in presenza di una norma penale in bianco o di un elemento normativo della fattispecie, che la disciplina interna che colma la lacuna della norma in bianco debba ritenersi superata dalla disciplina riveniente dall'applicazione della CEDU. Di quanto appena rappresentato è stata fatta applicazione pratica da una pronuncia della Corte di Cassazione del 2003 che ha dilatato l'ambito di operatività scriminante di cui all'art. 53 c.p. fino a ricomprendervi il caso in cui l'uso delle armi sia giustificato dalla necessità di eseguire un arresto regolare, giusta il disposto dell'art. 2 n. 2 CEDU[434].

I problemi possono sorgere, piuttosto, quando l'innalzamento del livello di tutela del diritto, di cui si richiede protezione dinnanzi la Corte, possa avvenire soltanto a scapito di un altro diritto anch'esso tutelato a livello costituzionale. Basti solo pensare ai reati commessi col mezzo della stampa. Sul punto, dalla giurisprudenza di Strasburgo emerge a chiare lettere la maggiore propensione a riconoscere uno *standard* di tutela della libertà di espressione più elevato rispetto a quanto avviene nel nostro ordinamento, a discapito della tutela dell'onore individuale. Estendere la tutela della libertà di espressione (e del diritto di cronaca e critica quali suoi corollari) in capo al giornalista significa, inevitabilmente, ridurre i margini di tutela del contrapposto diritto all'onore,

[434] Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2003, n. 20031, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 225643, ha sostenuto che, ai sensi della CEDU, è da considerarsi legittima la condotta dell'appartenente alle forze dell'ordine che abbia cagionato la morte di un soggetto in conseguenza del ricorso alla forza resosi assolutamente necessario, tra l'altro, per eseguire un arresto regolare. Il riferimento alla CEDU è stato effettuato allo scopo di rendere meno rigorosi i presupposti in presenza dei quali può essere riconosciuta la legittimità dell'uso delle armi e, quindi, in un'ottica tutta orientata al rispetto del favor libertatis. Tuttavia, per alcuni commentatori, non sarebbe possibile dilatare la portata di una scriminante, come appunto quella dell'uso legittimo delle armi, sulla base di una fonte sovranazionale che ha come obiettivo principale quello di tutelare i valori fondamentali quali proprio la vita e l'incolumità fisica delle persone (nella specie, la Corte ha ritenuto non punibili i reati di omicidio e di lesioni personali commessi da un sottoufficiale dei carabinieri in conseguenza dell'uso di un'arma da sparo allo scopo di eseguire l'arresto di alcuni rapinatori in fuga con una autovettura). In dottrina cfr. A. ROIATTI, *Caratteristiche dei requisiti della violenza o della resistenza per legittimare l'uso delle armi*, in *Riv. pen.*, 2005, p. 50 ss.; F. RANZATTO, *Uso delle armi per effettuare un arresto legale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 597 ss.; G. ERASMO, *La scriminante dell'uso legittimo delle armi ed il "diritto vivente" della cassazione*, in *Il Nuovo dir.*, 2004, p. 655 ss.; A. MARI, *Uso delle armi, come la corte "inciampò" sulle fonti comunitarie. Equiparati i regolamenti CE e la Convenzione CEDU*, in *Dir. e giust.*, 2003, p. 14 ss.; A. TAMIETTI, *Un caso di cattiva applicazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto di vita*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 3834 ss.

dotato nel nostro ordinamento di copertura costituzionale *ex* artt. 2 e 3, in capo alle vittime di addebiti diffamatori realizzati a mezzo della stampa.

Con maggiore frequenza accade che l'innalzamento in sede europea del livello di tutela di un diritto, o addirittura il riconoscimento di un nuovo diritto, avrà un costo in termini di minore tutela assicurata a principi o interessi, non riducibili al paradigma dei diritti fondamentali, dotati essi pure di copertura costituzionale, esplicita o implicita[435].

2. La concezione autonomista dei reati e delle pene elaborata dalla Corte di Strasburgo nell'ambito della interpretazione dell'art. 7 CEDU.

Benché, come visto, la Corte di Giustizia abbia elaborato una propria giurisprudenza sul principio di legalità penale, precipuamente in relazione alle competenze sanzionatorie di natura amministrativa delle istituzioni europee, è soprattutto la Corte EDU ad aver fino ad oggi delineato il "volto attuale" dello statuto europeo della legalità nella materia penale[436].

Nello specifico, a livello internazionale il principio di legalità trova riconoscimento nell'art. 7 CEDU[437] (rubricato «*nullum crimen sine lege*») che –

[435] F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte Costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo". Qualche osservazionale dall'angolo visuale di un penalista*, in *Dir. pen. contemp*., 2014, p. 22.

[436] Sul significato della legalità penale elaborato dalla Corte EDU, v. BERNARDI A., *Nessuna pena senza legge*, in BARTOLE S.-CONFORTI B.-RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001; A. BERNARDI, *Riserva di legge e fonti europee in materia penale*, in *Ann. Univ. Ferrara – Sc. Giur*., 2006, p. 1 ss.; V. MANES, *Art. 7, comma 1*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2011, p. 258 ss.; E. NICOSIA, C*onvenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 56 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 301 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, n. 1/2009, p. 57 ss.; G. DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in G. DE VERO-G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 11 ss.; G. DE AMICIS, *Il principio di legalità nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *I quaderni europei*, ottobre 2009, n. 8; O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto costituzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, vol. IV, p. 2249 ss.

[437] Previsione analoga è contenuta all'art. 49, co. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rubricato «Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene») che, diversamente da quanto previsto all'art. 7 CEDU e all'art. 25 Cost., enuncia altresì in maniera esplicita il principio di retroattività della legge penale favorevole.

come, del resto, l'art. 25 Cost. – enuncia contestualmente anche il divieto di retroattività della legge incriminatrice e, più in generale, di quella penale sfavorevole. Dalla interpretazione della predetta disposizione è emersa nella giurisprudenza della Corte europea una nozione sostanziale di materia penale, capace di ricomprendere non solo ciò che è definito penale nell'ambito dei singoli ordinamenti statali. In altri termini, il principio di legalità sancito dalla CEDU prescinde dalla qualificazione come penale degli illeciti e delle sanzioni da parte del legislatore nazionale, per abbracciare una concezione autonomista, in base alla quale è possibile giungere a qualificare come penale, seguendo i parametri dettati dalla Corte di Strasburgo, una sanzione prevista dall'ordinamento dello Stato parte, indipendentemente dalla qualifica che in tale ordinamento riceve quella misura.

Il dichiarato intento di questa operazione è di assicurare la massima estensione dei principi della Convenzione (in particolare, gli artt. 6 e 7 CEDU) e di scongiurare gli effetti di una eventuale «truffa delle etichette» che si verifica allorquando il legislatore mascheri, dietro la denominazione di misura di sicurezza, una pena vera e propria, al fine di sottrarla alle regole più stringenti che governano l'applicazione di una pena in senso stretto.

L'indagine sul rispetto del principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU, pertanto, deve essere condotta sotto un duplice piano: il primo riguarda l'accertamento della natura di pena della sanzione nazionale[438]; il secondo, rilevante solo qualora il primo esame si concluda positivamente, concerne la verifica se la normativa interna che disciplina l'applicazione di quella sanzione sia o meno conforme con il principio di legalità, così come inteso dalla corte di Strasburgo.

Ma veniamo con ordine. Quanto al primo profilo – relativo alla verifica della natura della sanzione secondo i parametri CEDU – il problema si è posto per le sanzioni che incidono sulla libertà personale (qualificate come misure di sicurezza nel diritto interno) e per le misure di sicurezza patrimoniali (o reali)

[438] Il principio di legalità sancito dalla CEDU prescinde dalla qualificazione come penale degli illeciti o delle sanzioni da parte del legislatore nazionale. Applicando tale principio, è possibile giungere a qualificare come penale, seguendo i parametri dettati dalla giurisprudenza Corte EDU, una sanzione prevista dall'ordinamento della Stato parte a prescindere dalla qualifica che in tale ordinamento riceve quella sanzione.

previste dalla normativa nazionale. La giurisprudenza europea, al riguardo, ha progressivamente elaborato una serie di criteri, non rigidi, nel senso che l'incidenza di ciascuno viene vagliata in ragione della situazione concretamente esaminata. Si tratta, in particolare, dei cc.dd. criteri Engel[439], poi "rivisitati" dalla giurisprudenza successiva, in base ai quali una misura statale può dirsi penale qualora sia collegata ad un reato, a sua volta individuato secondo criteri autonomi[440], ed abbia una funzione repressiva e preventiva, nel senso di mirare essenzialmente a punire, allo scopo di impedire la reiterazione delle violazioni; occorre, infine, che la sanzione sia grave[441], tenendo altresì conto delle procedure

[439] Così definiti in quanto enucleati nel leading case Engel (Corte EDU, grande camera, sentenza 23 novembre 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi). La questione che condusse alla pronuncia aveva origine dal ricorso di alcuni soldati olandesi, in particolare cinque soldati di leva in servizio alle forze armate olandesi, in occasioni diverse erano stati sottoposti dai loro rispettivi comandanti a diverse sanzioni per inosservanza della disciplina militare. I ricorrenti avevano impugnato dette decisioni avanti le corti interne che tuttavia avevano confermato le decisioni impugnate tranne in due casi in cui era stata stabilita la riduzione della pena comminata. Il caso giunto all'attenzione della Corte di Strasburgo fa sorgere l'interrogativo sull'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione al caso di specie, nonostante la qualificazione "disciplinare" della misura adottata e del procedimento. Dubbi sull'applicabilità si ponevano in particolar modo rispetto ad un atto o omissione considerato dal diritto interno dello Stato come un reato misto, cioè sia di natura penale che disciplinare, e rispetto al quale sussisteva la possibilità di optare tra procedimenti penali e procedimenti disciplinari, anche eventualmente cumulandoli. L'interrogativo che si è posta la Corte suona in questi termini: l'art. 6 cessa di essere applicabile solo perché gli organi competenti di uno Stato contraente classificano come disciplinare un'azione o un'omissione e il procedimento che ne segue, o, al contrario, l'articolo 6 si applica comunque in alcuni casi, nonostante questa classificazione? Nel dare risposta alla domanda la Corte ha valorizzato diversi elementi, ritenendo di dover in primo luogo guardare alla "qualificazione" del fatto data dall'ordinamento giuridico nazionale, attribuendo a quest'ultima però un valore relativo; in secondo luogo di volgere l'attenzione alla "natura" dell'infrazione, ed infine alla "severità" della sanzione. Nel caso di specie tutte le violazioni contestate ai ricorrenti erano, secondo il diritto interno olandese, vio1azioni disciplinari, anche se per talune di esse era anche possibile una contestazione di natura penale, facendo applicazione dei criteri appena detti, la Corte giunse a stabilire che rispetto al signor Engel la pena, per la sua brevità, non poteva qualificarsi come penale; mentre rispetto ad altri tre ricorrenti (il signor de Wit, il signor Dona e il signor Schul) le accuse devono essere effettivamente riconsiderate all'interno della sfera "penale" dal momento che il loro scopo è stato l'imposizione di una severa punizione che comportava la privazione della libertà (Corte EDU, grande camera, sentenza 23 novembre 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi).

[440] Alla qualificazione autonoma dell'illecito penale si perviene facendo applicazione dei parametri relativi alla natura dell'illecito e alla gravità della sanzione. Il primo parametro è, a sua volta, ricavabile da un insieme di sottocriteri, quali: il tipo di comportamento sanzionato dalla norma, la struttura della norma, la proiezione comparatistica della violazione, le eventuali regole procedurali cui l'illecito risulta assoggettato, la particolare qualifica dei relativi soggetti attivi.

[441] La giurisprudenza della Corte E.D.U. ritiene che il coefficiente di gravità della sanzione sia deducibile dalle caratteristiche tipologiche e dalla finalità della sanzione stessa, dal quantum irrogato, oltre che dalle relative modalità di esecuzione (v., in particolare, Corte E.D.U., 08 giugno 1976, Engel c. Olanda, cit.). In dottrina, v., per tutti, ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *Jus17@unibo.it*, 2009, n. 1, p. 60 ss.

legate alla sua adozione ed esecuzione. La qualificazione che la sanzione ha nel diritto interno, dunque, costituisce un mero indizio che non può esimere il giudice da una verifica più accorta secondo i parametri su citati.

La non perfetta sovrapponibilità della nozione convenzionale di *penalty* con i concetti nazionali di pena, misura di sicurezza e misura di prevenzione ha consentito l'operatività dei principi penali di legalità e di colpevolezza di cui alla Convenzione europea anche con riferimento a misure per le quali, al contrario, i giudici italiani avevano escluso l'applicabilità degli artt. 25, comma 2, e 27, comma 1, Cost., poiché da questi ritenute mere sanzioni amministrative.

Ciò, in particolare, come sopra ampiamente detto, è stato reso possibile in forza della c.d. concezione autonomista del reato e delle pene proposta dalla Corte di Strasburgo[442], secondo cui l'applicazione delle garanzie previste in materia penale dall'art. 7 C.E.D.U. non può essere esclusa limitandosi a prendere atto dell'"etichetta amministrativa" apposta su determinati illeciti e sulle relative sanzioni da parte del singolo ordinamento nazionale[443]: la valutazione effettuata dal diritto interno deve necessariamente combinarsi con altri criteri, verrebbe da dire di tipo "sostanziale", elaborati dalla stessa Corte europea.

Ciò posto, per effetto della concezione autonomista dei reati e delle pene, i confini tra illecito amministrativo e illecito penale, formalmente definiti,

---

[442] V., in particolare, Corte E.D.U., 08 giugno 1976, Engel c. Olanda, consultabile sul sito www.coe.int/; Corte E.D.U., 09 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito (ric. n. 17440/90), ivi; Corte E.D.U., 28 ottobre 1999, Escoubet c. Belgio (ric. n. 26780/95), ivi, secondo cui «in ogni caso la nozione di pena contenuta nell'art. 7 della Convenzione come quella di accusa in materia penale che figura nell'art. 6 hanno portata autonoma […] la Corte non è vincolata dalle qualificazioni del diritto interno, che hanno valore relativo».

[443] V., *ex multis*, Sez. III, 30 aprile 2009, n. 21188, Casasanta ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 243630, secondo cui: «le nozioni di "reato" (infraction; criminal offence) di cui all'art. 7 della CEDU e di "materia penale" (matiere penale; criminal offence) di cui al precedente art. 6 risultano oggetto di valutazione autonoma da parte degli organi della Convenzione, al fine di poter prescindere, attraverso l'utilizzazione di parametri sostanziali capaci di cogliere l'intima essenza dell'illecito, dalle peculiarità delle legislazioni degli Stati membri, sì da escludere una frammentazione su scala nazionale dei termini e dei concetti utilizzati all'interno della Convenzione. L'ambito applicativo dell'art. 7 della CEDU si estende ben al di là degli illeciti e delle sanzioni qualificati come "penali" in base al diritto interno, finendo per ricomprendere tutte le norme e tutte le misure considerate "intrinsecamente penali" in base alla concezione autonomista accolta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, lasciando comunque alla discrezionalità degli Stati membri la soluzione del problema relativo alla individuazione delle fonti penali legittime e concentrando la propria attenzione sugli aspetti sostanziali della legge e sulle garanzie che da essi derivano».

diventano meno netti. Lo stesso accade per la distinzione tra pene e misure di sicurezza, come si sa, assoggettate a discipline differenti.

2.1. La confisca urbanistica

Tradizionalmente, in ambito nazionale, a fronte di un orientamento minoritario che individuava nella confisca urbanistica una misura di sicurezza patrimoniale[444], si era registrato un altro orientamento giurisprudenziale[445], di gran lunga prevalente, che riteneva trattarsi di una sanzione amministrativa che

[444] V., *ex multis*, Sez. III, 04 dicembre 1995, Cascarino, n. 4262, in *C.E.D. Cass.*, n. 203367; Sez. III, 31 gennaio 1997, n. 331, Sucato, *ivi*, n. 207622; Sez. III, 09 novembre 2000, n. 12999, Lanza ed altri, *ivi*, n. 218003. In dottrina, v. MENDOZA R., *Lottizzazione abusiva: confisca obbligatoria e sentenza di accertamento*, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 1308 ss.; VINCIGUERRA S., *Appunti su lottizzazione abusiva e confisca*, in *Giur. it.*, 2005, c. 1912 ss.; M. MASSA, *Confisca (dir. pen. e dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1989, p. 980 ss.; LECCESE M., *Sulla natura giuridica della confisca disposta in caso di lottizzazione abusiva*, in *Dir. formaz.*, 2004, p. 220 ss., secondo cui l'«inclusione della confisca nello stesso articolo che contempla le pene e che si intitola "sanzioni penali" chiarisce che il legislatore non ha voluto avallare l'orientamento giurisprudenziale della natura amministrativa della confisca, alla quale, viceversa, ha inteso attribuire natura penale»; BERNARDI A., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 673 ss.; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, 2001, p. 48 ss., secondo cui la ricostruzione dogmatica operata dalla giurisprudenza di legittimità sarebbe troppo lontana dal dato letterale della norma e contrastante con le esigenze di certezza nella circolazione dei beni e di tutela dell'affidamento dei terzi.

[445] V. Sez. III, 13 luglio 1995, n. 10061, Barletta ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 203473; Sez. III, 16 novembre 1995, n. 12471, Besana ed altri, *ivi*, n. 203276; Sez. III, 18 novembre 1997, n. 3900, Farano ed altri, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 3087 ss.; Sez. III, 20 novembre 1998, n. 216, Iorio Gnisci Ascoltato, in *C.E.D. Cass.*, n. 212920; Sez. III, 8 novembre 2000, n. 12989, Petracchi, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 3164. La qualificazione della confisca come sanzione amministrativa, peraltro, è stata condivisa dalla Corte Costituzionale quando, in un remoto precedente, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 19 della legge n. 47 del 1985 per asserita incertezza interpretativa relativa, tra l'altro, all'applicabilità della misura ablatoria patrimoniale in caso di patteggiamento (Corte Cost., 20 maggio 1998, n. 187, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1538 ss.). La confisca urbanistica, poiché si riteneva avesse natura amministrativa, veniva collocata, al pari della demolizione e della riduzione in pristino, «tra le misure ripristinatorie dell'interesse leso», in quanto finalizzata «a ripristinare una situazione di legalità materiale, restaurando direttamente un bene o un interesse leso ed eliminando le conseguenze materiali della lesione» (v., in particolare, Sez. III, 07 luglio 2004, n. 38730, in *Giur. It.*, 2010, p. 1911 ss., con nota di VINCIGUERRA S., *Appunti su lottizzazione abusiva e confisca*). La natura amministrativa della misura ablatoria, inoltre, secondo i sostenitori della teoria in parola, sarebbe stata giustificata dal fatto che l'art. 44, comma 2, D.P.R. n. 380/2001, non riportando il termine "condanna", a seguito dell'aggettivo "definitiva", avrebbe indicato la volontà del legislatore di prescindere dalla sentenza di condanna dell'imputato, proprietario del bene da confiscare, reputando dunque sufficiente una sentenza di accertamento del fatto di lottizzazione abusiva nella sua oggettiva materialità.

il giudice penale, con funzione di supplenza della pubblica amministrazione[446], avrebbe dovuto disporre dopo aver accertato la realizzazione, anche meramente obiettiva, di una lottizzazione abusiva, così come descritta all'art. 30 T.U. sull'edilizia. Nello specifico, secondo tale opzione ermeneutica, la natura amministrativa della misura ablatoria in esame si desumerebbe dal fatto che, una volta disposta, il terreno confiscato entra a far parte del patrimonio dell'ente locale e non già dello Stato, come invece previsto in caso di applicazione di una misura di sicurezza di natura penale. Si è sottolineato, inoltre, come la confisca urbanistica, a differenza della misura *ex* art. 240 c.p., sia suscettibile di revoca in caso di sanatoria dell'illecito amministrativo mediante la successiva adozione di un piano di recupero urbanistico dell'area abusivamente lottizzata che risulti compatibile con il provvedimento adottato dall'autorità giudiziaria.[447]

A parere della Suprema Corte, dalla qualificazione come amministrativa della confisca *de qua* conseguiva la possibilità di disporla anche a fronte di una sentenza di assoluzione secondo la formula "perché il fatto non costituisce reato" o di proscioglimento per intervenuta estinzione dell'illecito penale (ad esempio perché maturata la prescrizione *ex* artt. 157 ss. c.p.). Allo stesso modo, si riteneva ammissibile la misura ablativa anche nei confronti degli acquirenti dei terreni e dei manufatti abusivi i quali, nonostante la natura plurisoggettiva del reato di lottizzazione negoziale, non fossero stati né indagati né imputati nel relativo procedimento penale.[448] Unico limite alla operatività della confisca urbanistica era rappresentato, secondo questo orientamento, dalla sentenza di proscioglimento per insussistenza del fatto, rilevando, ai fini della applicazione della misura reale, l'accertamento giudiziale della lottizzazione abusiva

[446] Tale misura, *ex* art. 30, co. 7 e 8, D.P.R. n. 380/2001, viene disposta dal giudice penale in via di supplenza rispetto al meccanismo amministrativo di acquisizione dei terreni lottizzati al patrimonio disponibile del comune.

[447] Sez. III, 9 novembre 2000, n. 12999, Lanza ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 218003; Sez. III, 05 dicembre 2001, n. 1966, Venuti ed altri, *ivi*, n. 220852; Sez. III, 11 aprile 2007, n. 35219, Arcieri ed altri, *ivi*, n. 237372.

[448] Diverse pronunce della Corte di Cassazione hanno individuato nella sede civile l'unico spazio di tutela dei terzi in buona fede, al dichiarato scopo di non pregiudicare l'interesse pubblico alla programmazione e al governo del territorio. V., *ex multis*, Sez. III, 21 novembre 2007, n. 9982, Quattrone, in *C.E.D. Cass.*, n. 238984; Sez. III, 7 luglio 2004, Bennici, *ivi*, n. 229607; Sez. III, ord. 3 marzo 2005, Visconti, *ivi*, n. 230984.

esclusivamente sotto il profilo oggettivo, a prescindere dalla integrazione del reato in tutti i suoi elementi costitutivi.[449]

Diverse le obiezioni che possono muoversi a tale indirizzo interpretativo. Innanzitutto, l'irrogazione delle sanzioni amministrative presuppone la previsione in astratto di un illecito amministrativo che, nel caso di specie, manca, essendo il fatto di lottizzazione abusiva un illecito penale. Conseguentemente, la confisca urbanistica, seguendo l'impostazione in esame, acquisirebbe una natura "ibrida", divenendo una "sanzione amministrativa accessoria derivante da reato". In secondo luogo, anche a voler qualificare la confisca una misura di carattere amministrativo, non potrebbe ammettersi la sua operatività allorché il fatto contestato sia stato realizzato in mancanza dell'elemento psicologico del reato, dovendo farsi applicazione dei principi e delle regole enunciati nella legge n. 689/1981 che richiedono, ai fini della applicazione delle sanzioni amministrative, che l'autore abbia agito con dolo o, quantomeno, con colpa. Situazione, peraltro, differente da quella in cui, in sede giudiziale, si accerti l'ignoranza inevitabile della legge penale *ex* art. 5 c.p., sebbene in entrambi i casi il giudice sia tenuto a pronunciare sentenza di assoluzione secondo la medesima formula ovvero "perché il fatto non costituisce reato".

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con le decisioni rese il 30 agosto 2007 e il 20 gennaio 2009 con riguardo al caso "Punta Perotti", ha preso posizione sulla compatibilità con la C.E.D.U. dell'interpretazione giurisprudenziale, sopra descritta, dell'art. 44, comma 2, D.P.R. n. 380/2001, affrontando, in via preliminare, proprio la questione relativa all'individuazione della natura giuridica della confisca urbanistica. I giudici europei, infatti, erano stati aditi dalle società proprietarie di terreni e costruzioni sulla costa pugliese di Punta Perotti[450] poiché la Cassazione, pur avendo assolto gli imputati dal reato di cui all'art. 30 T.U. sull'edilizia, riconoscendo loro un errore inevitabile e scusabile

[449] V. Sez. III, 21 novembre 2007, n. 9982, Quattrone, in C.*E.D. Cass.*, n. 238984; Sez. III, 08 febbraio 1994, n. 4954, Pene ed altri, *ivi*, n. 197506; Sez. III, 20 novembre 1998, n. 216, Iorio Gnisci Ascoltato, *ivi*, n. 212920; Sez. III, 09 novembre 2000, n. 12999, Lanza ed altri, *ivi*, n. 218003; Sez. III, 07 luglio 2004, n. 37086, Perniciaro, *ivi*, n. 230031.

[450] Si tratta delle società Sud Fondi s.r.l., Mabar s.r.l. e Iema s.r.l.

nell'interpretazione delle norme violate *ex* art. 5 c.p.[451], aveva ciononostante disposto la confisca urbanistica dei terreni lottizzati e del complesso immobiliare abusivamente costruito, in quanto aveva ritenuto tale misura ablatoria una sanzione amministrativa, come tale applicabile malgrado la pronuncia di una sentenza di proscioglimento.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla Suprema Corte, i giudici di Strasburgo, con la decisione del 2007 di ricevibilità del ricorso n. 75909/01, in ossequio alla concezione autonomista del reato e delle pene, hanno qualificato la confisca urbanistica come sanzione penale, valorizzando i seguenti elementi: il collegamento con un reato accertato dal giudice penale; la gravità della misura, che si evince dalla sua ampia estensione; la sua qualificazione giuridica da parte dell'ordinamento statale, che ha assegnato all'art. 44 del T.U. sull'edilizia la significativa[452] rubrica "Sanzioni penali"; lo scopo della misura, non avente finalità riparatoria, mirando «nella sua essenza a punire per impedire la reiterazione di trasgressioni a prescrizioni stabilite dalla legge».[453]

Riguardo a quest'ultimo parametro, tuttavia, preme rilevare che la sua utilizzazione, ai fini della ai fini della individuazione della natura giuridica della confisca urbanistica, non può ritenersi condivisibile, poiché anche le sanzioni

---

[451] V. Sez. III, Sez. III, 26 marzo 2001, n. 11716, Matarrese ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 221200, secondo cui gli autori della lottizzazione abusiva erano incorsi in un errore scusabile ed inevitabile poiché la legge regionale applicabile, unita alla legge nazionale (c.d. legge Galasso), risultava «oscura e mal formulata», creando sul punto una giurisprudenza contraddittoria; i responsabili del comune di Bari, inoltre, avevano autorizzato la lottizzazione e rassicurato le società ricorrenti quanto alla sua regolarità; a tutto ciò si era aggiunta l'inerzia delle autorità incaricate della tutela dell'ambiente.

[452] Espressione utilizzata da App. Bari, ord. 09 aprile 2008, n. 272, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 4326 ss., con nota di ANGELILLIS C., *Lottizzazione abusiva: la natura giuridica della confisca all'esame di CEDU e Corte Costituzionale*.

[453] Sul punto v. ANGELILLIS C., *Lottizzazione abusiva: la natura giuridica della confisca all'esame di CEDU e Corte Costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 4338, secondo cui «Sembra, però che la pronuncia della Corte di Strasburgo confonda il concetto di punizione con quello di "afflizione". La natura punitiva della sanzione, infatti, non emerge dai suoi connotati oggettivi (diversamente ogni "afflizione" sarebbe "punizione") ma dall'intenzione di chi la prevede. Solo se la precipua finalità della "afflizione" fosse quella di "punire e rieducare il reo", certamente potrebbe parlarsi di "punizione" e di sanzione penale con la conseguenza che la pena non potrebbe non essere ricollegabile alla colpa di chi la subisce. Ma se l'afflizione fosse una mera conseguenza inevitabile nel perseguimento di altro fine da parte dell'ordinamento (es. eliminare dalla circolazione l'oggetto intrinsecamente illecito), allora, richiedere anche in questo caso il collegamento della sanzione con l'elemento psicologico, significherebbe mettere in discussione situazioni, come quelle riconducibili ad es. al cpv. 2 art. 240 c.p., oggi pacificamente accettate dal "comune sentire" (si pensi alla confisca nei confronti di un terzo estraneo, di un'arma che sia stata resa clandestina) ed anche dalla Corte Costituzionale».

amministrative possono avere natura afflittiva. In particolare, deve rammentarsi la *summa divisio* delle sanzioni amministrative tra sanzioni esecutive (o risarcitorie o restitutorie o rispristinatorie) e sanzioni punitive (o afflittive): mentre le prime si sostanziano nella esecuzione coattiva dell'ordine trasgredito e, dunque, hanno per scopo il rispristino dello *status quo ante*, le seconde, invece, si concretizzano nella *deminutio* di alcuni beni giuridici del soggetto agente (come, a mero titolo esemplificativo, il patrimonio e la libertà personale) al fine di riaffermare il comando violato.

Sino all'intervento dei giudici europei nel 2007, l'orientamento giurisprudenziale italiano allora prevalente, sostenuto dalla Corte di Cassazione, non era ritenuto in contrasto con le disposizioni contenute nella Carta Fondamentale del 1948, poiché, riconosciuta alla confisca natura amministrativa con finalità ripristinatoria dell'interesse leso, la stessa veniva sottratta all'operatività dei principi costituzionali che governano il sistema penale, *in primis* quelli di legalità e di colpevolezza[454]. Dunque, a seguito della sentenza europea, che ha qualificato espressamente la confisca una sanzione di carattere penale, occorreva chiedersi se l'opzione ermeneutica adottata dalla Suprema Corte fosse o meno compatibile con l'art. 27, comma 2, Cost., e con l'art. 7 C.E.D.U. Si trattava di chiarire, in altri termini, se il giudice potesse disporre la misura di cui all'art. 44, comma 2, T.U. sull'edilizia anche a fronte di una sentenza di proscioglimento secondo la formula "perché il fatto non costituisce reato" e, allo stesso modo, se il giudice italiano, in caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, potesse confiscare i terreni abusivamente lottizzati e le opere su di essi costruite. Si poneva infine la questione dell'applicabilità della confisca nei confronti degli acquirenti in buona fede.[455]

La questione è stata affrontata dai giudici italiani, a pochi mesi di distanza dalla pronuncia europea, con due decisioni che hanno rappresentato un punto di rottura con la interpretazione giurisprudenziale sinora avallata. In particolare, la

[454] V., a mero titolo esemplificativo, Sez. III, 27 gennaio 2005, n. 10037, Vitone ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 230979; Sez. III, 07 novembre 2006, n. 6396, Cieri, in *C.E.D. Cass.*, n. 236076.

[455] In dottrina, dubbi di costituzionalità erano stati avanzati da BRESCIANOM.-PALADINO A., *I reati urbanistici,* Giuffrè, 2000, p. 319 ss.; BARBUTO M., *Reati edilizi e urbanistici*, in *Giur. sistem. dir. pen.*, 1995, p. 574 ss.; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, 2001, p. 142 s.; LECCESE M., *Sulla natura giuridica della confisca disposta in caso di lottizzazione abusiva*, in *Dir. Formaz.*, 2004, p. 220 ss.

Corte di Appello di Bari, con ordinanza del 9 aprile 2008[456], ha individuato nella confisca urbanistica una sanzione penale, rimettendo così alla Consulta la questione circa la legittimità costituzionale dell'art. 44 T.U. sull'edilizia nella parte in cui imponeva al giudice penale – in forza dell'orientamento giurisprudenziale a quel tempo maggioritario – di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite a prescindere dal giudizio di responsabilità e persino nei confronti degli acquirenti in buona fede. Secondo i giudici pugliesi, invero, ciò avrebbe comportato una palese violazione dei principi costituzionali di eguaglianza e di personalità della responsabilità penale, nonché un contrasto con il *decisum* della Corte di Strasburgo del 2007[457]. La Consulta, tuttavia, nella sentenza n. 239/2009[458], ha ritenuto il ricorso inammissibile per difetto di motivazione, altresì rilevando che il giudice *a quo* avrebbe dovuto procedere ad un tentativo di interpretazione dell'art. 44 D.P.R. n. 380/2001 conforme alla Convenzione E.D.U., anziché rimettere la questione direttamente alla Corte, che può affrontare il problema della incostituzionalità della disposizione di legge solo qualora l'adeguamento interpretativo risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente formatosi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua conformità al dettato costituzionale[459].

---

[456] App. Bari, ord. 09 aprile 2008, n. 272, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4326 ss., con nota di C. ANGELILLIS C., *Lottizzazione abusiva: la natura giuridica della confisca all'esame di CEDU e Corte Costituzionale*. In dottrina, v. DELLO RUSSO A., *Confisca dei suoli abusivamente lottizzati in caso di prescrizione del reato: profili nuovi ed antichi (ancora irrisolti) di incostituzionalità*, in *Giust. pen.*, 2008, p. 523 ss.; MANFREDONIA B., *La confisca quale sanzione c.d. amministrativa e la tutela del terzo estraneo al reato: profili di illegittimità costituzionale?*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 1035 ss.; TUCCI G., *Confisca "urbanistica" e tutela del mercato tra la Costituzione italiana e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2009, p. 614 ss.

[457] Le argomentazioni utilizzate dalla corte di merito per scardinare la tesi della natura amministrativa della confisca urbanistica si fondavano sull'analisi dei lavori parlamentari relativi alla originaria previsione normativa, sull'esame letterale e sistematico della disposizione citata, sul raffronto tra la confisca de qua e le altre due misure ripristinatorie dell'assetto del territorio e sulla decisione emessa dalla Corte E.D.U. nel 2007.

[458] Corte Cost., 16 luglio 2009, n. 239, in *Riv. giur. edil.*, 2009, p. 1986 ss., con nota di TANDA, La confisca nell'ipotesi di lottizzazione abusiva.

[459] Giova precisare che Sez. III, 26 giugno 2008, n. 37472, Belloi ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 241100, ha ritenuto manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 19 della legge n. 47/1985 (oggi, art. 44, comma 2, D.P.R. n. 380/2001) per presunta violazione degli artt. 3, 25, 27, 42 (in relazione all'art. 6 C.E.D.U. e all'art. 1 del Protocollo n. 1), 97, 111 e 117, comma 1 (in relazione agli artt. 5 e 7 C.E.D.U. e al relativo protocollo), Cost., per le seguenti ragioni: non sussiste alcun contrasto tra la disposizione censurata e la Convenzione europea; la confisca non opera anche nei confronti delle parti di terreno non interessate da alcun frazionamento o lottizzazione; sussiste una ragionevole giustificazione nel sacrificio del diritto di proprietà che la confisca comporta.

Ebbene, un "tentativo" di interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata della disposizione in esame è stato operato dalla Suprema Corte in una decisione che si segnala per la sua portata fortemente innovativa, tale da rappresentare un *revirement* nella giurisprudenza di legittimità. Si tratta della sentenza n. 42741/2008[460] con cui la Corte di Cassazione, nonostante la consapevolezza della diversa qualifica giuridica attribuita dalla Corte di Strasburgo alla confisca, ne ha ribadito la natura di sanzione amministrativa ravvisandone, nondimeno, l'intrinseco carattere sanzionatorio, con la conseguente operatività degli artt. 2 e 3 della legge n. 689/1981, che richiedono l'accertamento, quantomeno, dell'elemento soggettivo della colpa del soggetto destinatario della misura patrimoniale[461]. La confisca urbanistica, pertanto, a parere dei giudici di legittimità, non potrebbe essere disposta nei confronti di coloro che sono venuti in buona fede in possesso dei terreni lottizzati e delle opere su di essi costruite[462], non potendo valere a giustificare una applicazione indiscriminata della confisca *de qua* l'affermazione della esistenza di un interesse collettivo alla salvaguardia del territorio, stante la funzione sociale della proprietà, sancita all'art. 42 Cost. A diversa conclusione, tuttavia, è pervenuta la Corte nella ipotesi in cui non sia possibile pronunciare una sentenza di condanna per intervenuta prescrizione del reato: in tale caso,

[460] Sez. III, 24 ottobre 2008, n. 42741, Silvioli ed altri, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 2553 ss., con nota di ANGELILLIS C., *Lottizzazione abusiva: la confisca nei confronti del terzo alla resa dei conti*. In dottrina, v. A. ROMANELLI, *Confisca urbanistica e terzi acquirenti in buona fede: verso un definitivo revirement giursprudenziale?*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2280 ss.; SCARCELLA, *Lottizzazione abusiva, confisca e buona fede dei proprietari estranei al reato: revirement della Cassazione?*, in *Urban. e appalti*, 2009, p. 371 ss.

[461] Afferma ANGELILLIS C., *Lottizzazione abusiva: la confisca nei confronti del terzo alla resa dei conti*, in *Cass. pen.*, p. 2570, che «non è necessario spostare la confisca nel terreno tipicamente penalistico, come sostenuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, per recuperarne la dimensione di responsabilità penale, poiché è sufficiente rifarsi ai principi della responsabilità amministrativa per mettere fuori gioco qualsiasi forma di responsabilità oggettiva».

[462] Prima della decisione n. 42741/2008, solamente Sez. III, 16 novembre 1995, Besana, in *Riv. giur. edil.*, 1996, p. 402 s., aveva escluso la possibilità di applicare la confisca nei confronti dei terzi estranei al processo. Altre pronunce, invece, avevano escluso l'operatività della misura in esame solo nei confronti dei terzi che avessero «dimostrato di non avere alcuna responsabilità e neppure colpa al riguardo» (cfr., Sez. III, 11 maggio 2005, Stiffi, in *Riv. pen.*, 2006, p. 49 ss.; Sez. III, 04 aprile 1995, n. 1089, Marraro, in *Cass. pen.*, 1997, p. 193 ss.; Sez. III, 18 maggio 1999, Negro, in *Giust. pen.*, 2000, II, c. 375 ss.; Sez. III, 08 novembre 2000, n. 12989, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3164 ss.).

secondo i giudici di legittimità, l'estinzione del reato non sarebbe ostativa alla applicazione della confisca[463].

La decisione emessa in data 20 gennaio 2009, con cui la Corte europea ha accolto nel merito il ricorso proposto dalla Sud Fondi s.r.l. e da altre due società contro lo Stato italiano nel caso Punta Perotti, ha posto definitivamente in discussione la solidità dell'orientamento giurisprudenziale italiano contrario alla operatività della confisca nel solo caso di proscioglimento dell'imputato per insussistenza del fatto[464]. I giudici di Strasburgo, invero, muovendo dalla qualificazione penale della confisca urbanistica sulla scia della decisione del 30 agosto 2007, hanno ritenuto violato l'art. 7 C.E.D.U. laddove, in ossequio al principio di legalità, richiede che le norme penali di diritto interno debbano enunciare in modo sufficientemente preciso la fattispecie incriminatrice («la legge deve definire chiaramente i reati e le pene»), dovendo al contempo risultare accessibili e prevedibili[465]. Quest'ultima condizione, in particolare, può ritenersi soddisfatta nella ipotesi in cui la legge sia enunciata con una precisione tale da

[463] Come correttamente osservato da SCARCELLA, *Lottizzazione abusiva, confisca e buona fede dei proprietari estranei al reato: revirement della Cassazione?*, in *Urban. e appalti*, 2009, p. 380, tale affermazione risulta «contraddittoria con le premesse», essendo necessario, anche in tale ipotesi, che il giudice dia conto nella motivazione di aver positivamente accertato la sussistenza degli elementi soggettivi del reato di lottizzazione abusiva; «diversamente, non si comprenderebbe il richiamo nella stessa sentenza alle regole di cui alla L. n. 689 del 1981 che, all'art. 3, impone pur sempre la sussistenza dell'elemento soggettivo ai fini dell'affermazione della responsabilità, soprattutto se interpretato alla luce di quanto affermato dalla decisione CEDU del 20 gennaio 2009».

[464] In dottrina, con riferimento alla sentenza della Corte europea del 20 gennaio 2009, v. BALSAMO A.-PARASPORO C., *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 3183 ss.; DI DIO F., *Lottizzazione abusiva, confisca, demolizione: il caso «Punta Perotti» nell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'amb.*, 2009, p. 737 ss.; GRATANI A., *Un campanello di allarme della crisi dei poteri in Italia*, in *Riv. giur. dell'amb.,* 2009, p. 673 ss.; NICOSIA E., *Quando la confisca è lesiva dei diritti dell'uomo*, *ivi*, 2009, 680 ss.; MAZZACUVA, *Un* "hard case" *davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1540 ss.; MARTUSCELLI M., *La lottizzazione abusiva*, Giuffrè, Milano, 2012, *passim*.

[465] Corte E.D.U., 15 novembre 1996, Cantoni c. Francia (ric. n. 17862/91), consultabile sul sito *www.coe.int/*; Corte E.D.U., 22 novembre 1995 (ric. n. 20166/92), S.W. c. Regno Unito, *ivi*; Corte E.D.U., 25 maggio 1993, Kokkinakis c. Grecia (ric. n. 14307/88), *ivi*. In forza del requisito dell'accessibilità, è necessario che le norme penali vengano raccolte e pubblicate in modo tale da consentire ai destinatari di conoscerne l'esistenza. Quanto, invece, alla prevedibilità, essa opera con riguardo sia al momento formativo che a quello interpretativo della norma. Con riferimento al primo, la Corte europea ritiene che sia rilevante ex art. 7 C.E.D.U. solo la legge enunciata con una precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta poiché messo in grado di prevedere con ragionevole approssimazione, in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un determinato comportamento. Per quanto attiene al momento interpretativo della norma, è necessario che, a seguito della adozione di una opzione ermeneutica "ragionevole", possa risultare prevedibile l'ambito applicativo della disposizione.

consentire al cittadino di prevedere con ragionevole approssimazione, in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare dalla sua condotta.

Orbene, nella vicenda Punta Perotti la Corte di Strasburgo, prendendo le mosse dalla decisione adottata dai giudici di legittimità italiani – che nel 2001 avevano pronunciato una sentenza di proscioglimento, riconoscendo agli imputati un errore inevitabile e scusabile *ex* art. 5 c.p. nell'interpretazione delle norme violate – ha ritenuto arbitraria la confisca urbanistica, essendo stata applicata a soggetti che, a fronte di una base legale non chiara, né accessibile, né tantomeno prevedibile, non avrebbero potuto conoscere il senso e la portata della legge penale, né le conseguenze derivanti dalla loro condotta, «a causa di un errore insormontabile che in alcun modo può essere imputato a colui o a colei che ne è vittima».

I giudici sovranazionali, innovando rispetto alla tradizionale interpretazione dell'art. 7 C.E.D.U., hanno riconosciuto che i principi di legalità e di irretroattività, espressamente enunciati nella disposizione citata, siano legati a filo doppio, presupponendoli, ai principi di autoresponsabilità e di colpevolezza[466]. Questi ultimi, dunque, sono desumibili dalla indicata previsione della Convenzione poiché, come evidenziato dalla stessa Corte europea, «la logica della pena e della punizione, così come la nozione di "guilty" (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di "persona colpevole" (nella versione francese) vanno nel senso di una interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà[467]) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato. In caso contrario, la pena non sarebbe giustificata». D'altronde, se il principio di legalità penale *ex* art. 7 C.E.D.U. esige una base

[466] Nello stesso senso, v. BALSAMO A.-PARASPORO C., *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 3183 ss.

[467] Secondo M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte II, Giappichelli, 2007, 65 ss., coscienza e volontà sul piano dell'analisi strutturale appartengono ai criteri di imputazione soggettiva del reato (rappresentano il segmento iniziale del dolo e della colpa), mentre sul piano sistematico sono requisiti del fatto oggettivo. Da ciò consegue che, qualora si accerti che la vicenda si sia svolta senza partecipazione reale o possibile della coscienza e volontà, il giudice dovrà prosciogliere l'imputato con la formula «perché il fatto non sussiste», anziché con quella «perché il fatto non costituisce reato».

legale accessibile e prevedibile, sarebbe incoerente considerare una persona colpevole e punirla quando, al momento della commissione del fatto, non era in grado di conoscere la legge penale a causa di un errore inevitabile e scusabile.

Pertanto, secondo la Corte di Strasburgo, ai fini della operatività della confisca urbanistica, è necessario che in sede penale il giudice accerti la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, richiedendosi che al soggetto, nei cui confronti debba essere applicata la misura ablatoria patrimoniale, siano riconosciuti margini quantomeno di colpa sotto l'aspetto della imprudenza e della negligenza[468].

A fronte delle due decisioni rese dalla Corte europea nel caso Punta Perotti, la giurisprudenza italiana, pur individuando nella confisca urbanistica una misura di carattere amministrativo, ha cercato di uniformarsi all'interpretazione offerta dai giudici europei, nell'intento di rendere l'art. 44, comma 2, D.P.R. n. 380/2001 conforme alle disposizioni della Costituzione e della C.E.D.U.[469]

Con riferimento ai rapporti intercorrenti tra confisca urbanistica e prescrizione del reato, la giurisprudenza di legittimità, nelle pronunce successive alla sentenza di merito della Corte di Strasburgo, supera l'impostazione giurisprudenziale, allora dominante, che, come si è visto, escludeva la confiscabilità dei terreni e delle opere abusivamente lottizzati nella sola ipotesi di assoluzione per insussistenza del fatto. In particolare, nelle recenti pronunce, la Corte di Cassazione, ferma restando la natura amministrativa della confisca urbanistica, subordina la sua applicabilità, in presenza di una causa estintiva del reato, alla verifica giudiziale, nel rispetto del contraddittorio tra le parti, della

[468] I giudici di Strasburgo, peraltro, hanno ritenuto paradossale che l'ente comunale, ritenuto responsabile di aver accordato le concessioni edilizie illegali, sia poi divenuto proprietario dei beni confiscati, così realizzando, di fatto, una espropriazione indebita dei beni altrui. Per completezza, va segnalato che la Corte europea ha anche constatato la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 C.E.D.U., relativo alla tutela della proprietà, sotto il profilo della mancata proporzionalità della misura prescelta. Deve altresì precisarsi che Corte E.D.U., Sez. II, 10 maggio 2012, Sud Fondi e altri c. Italia (ric. n. 75909/01), consultabile sul sito *www.coe.int/*, si è pronunciata sulla richiesta di risarcimento presentata dalle società costruttrici Sud Fondi s.r.l., Mabar s.r.l. e Iema s.r.l. per la confisca dei terreni siti in Bari presso la zona costiera di Punta Perotti e del complesso immobiliare che su di essi insisteva, riconoscendo alle imprese costruttrici, a titolo di equa riparazione *ex* art. 41 C.E.D.U., 49 milioni di euro complessivi, a fronte di una richiesta da parte delle ricorrenti di 571 milioni di euro.

[469] Le norme della C.E.D.U., invero, come accennato supra, costituiscono parametri di riferimento per valutare la legittimità delle norme ordinarie, secondo la lettura datane dalla Corte Costituzionale con le sentenze nn. 348 e 349/2007, confermata dalla Consulta con la decisione n. 80/2011.

partecipazione psichica del soggetto all'illecito penale[470]. In tale quadro, si iscrive anche la sentenza in commento, riconoscendo l'ammissibilità della misura patrimoniale, di carattere amministrativo, anche quando il reato sia prescritto, purché la confisca venga ordinata nei confronti di soggetti ai quali può essere mosso un rimprovero quantomeno per colpa[471].

Secondo la vigente opzione interpretativa, dunque, l'appartenenza psichica del fatto di lottizzazione abusiva al costruttore (e/o venditore) ovvero agli acquirenti, imputati nel relativo procedimento penale, consente l'applicazione della confisca, a prescindere dal riconoscimento giudiziale della responsabilità

[470] Sez. III, 30 aprile 2009, n. 21188, Casasanta ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 243630; Sez. III, 19 maggio 2009, n. 30933, Costanza, *ivi*, n. 244247; Sez. III, 13 luglio 2009, n. 39078, Apponi ed altri, *ivi*, n. 245345; Sez. III, 06 ottobre 2010, n. 5857, Grova ed altri, *ivi*, n. 249517. *Contra*, Sez. III, 17 marzo 2009, n. 17865, Quarta ed altri, in C.E.D. Cass., n. 243749; Sez. III, 25 marzo 2009, n. 20243, Rammacca Sala ed altri, *ivi*, n. 243624 secondo cui la confisca può legittimamente colpire l'imputato prosciolto per prescrizione, poiché l'estinzione del reato *ex* artt. 157 ss. c.p., implicando una rinuncia dello Stato all'esercizio della potestà punitiva per il solo effetto del decorso del tempo, non impedisce l'accertamento della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del reato. Tale argomentare ha consentito alla Corte di ritenere manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, T.U. sull'edilizia, che consente al giudice di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite in caso di declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, in quanto, a parere dei giudici di legittimità, tale disposizione non violerebbe il combinato disposto degli artt. 117 Cost. e 7 C.E.D.U., atteso che la confisca, anche se ordinata dopo l'estinzione del reato, conserva la natura sanzionatoria, sia perché legata al presupposto di un reato estinto ma storicamente esistente, sia perché la stessa è applicata da un organo che esercita la giurisdizione penale.

[471] Sul punto, degna di nota Sez. III, 19 maggio 2009, n. 30933, Costanza, in *C.E.D. Cass.*, n. 244247, con cui i giudici di legittimità, per la prima volta, hanno specificato che l'applicazione della misura de qua non sia consentita qualora la prescrizione maturi in data antecedente all'esercizio dell'azione penale poiché, in tale ipotesi, il giudice non sarebbe in grado di svolgere un accertamento idoneo a verificare, conformemente ai principi stabiliti all'art. 7 C.E.D.U., la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi della lottizzazione abusiva. Da ciò consegue che, nel diverso caso di intervenuta prescrizione a seguito dell'esercizio dell'azione penale, tale accertamento potrebbe, al contrario, sulla base degli elementi probatori conseguiti, essere svolto, sì da legittimare l'irrogazione della misura ablatoria anche in assenza di una sentenza di condanna. Nello stesso senso, Sez. III, 06 ottobre 2010, n. 5857, Grova ed altri, *ivi*, n. 249517. In dottrina v. SCARCELLA, *Lottizzazione abusiva: niente confisca se il reato è prescritto*, in *Urban. e appalti*, 2011, p. 863 ss.; GOVERNA R., *Davvero compatibile la confisca con la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione?*, in *Giur. it.*, 2012, p. 925 ss.; DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati*, *ivi*, p. 928 ss., secondo cui «esercitata l'azione penale anche (paradossalmente) un solo giorno prima della maturazione del termine di prescrizione, il giudice penale avrebbe buon gioco nel celebrare un processo nato morto al solo fine di verificare, senza più nessun limite di modo e di tempo, se irrogare o meno la confisca. […] è di tutta evidenza come una situazione di tal fatta ponga inevitabili problematiche di attrito con i principi rispettivamente stabiliti (andando dal basso verso l'alto) dall'art. 129 c.p.p., dagli artt. 24, 27, 42 e 111 cost. e dagli artt. 1 del protocollo aggiuntivo e 6 Cedu».

penale[472]. Da ciò consegue, a parere della Suprema Corte, la piena compatibilità della disposizione di cui all'art. 44, comma 2, D.P.R. n. 380/2001 con l'art. 7 della Convenzione europea, non risultando pertanto necessario un intervento della Corte Costituzionale poiché, come sottolineato dagli stessi giudici della Consulta, «solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge»[473].

I giudici di legittimità si sono occupati, altresì, della questione relativa alla ammissibilità della confisca urbanistica nei confronti degli acquirenti dei terreni e delle opere abusive che, pur avendo partecipato materialmente con il proprio atto di acquisto al reato di lottizzazione abusiva c.d. negoziale, siano ciononostante rimasti estranei al relativo procedimento penale.

In passato, l'indirizzo giurisprudenziale assolutamente prevalente faceva dipendere, dalla qualificazione della confisca come misura amministrativa di carattere reale, la sua applicabilità anche nei confronti degli acquirenti dei terreni lottizzati che non fossero stati né indagati né imputati nel procedimento penale.

---

[472] Secondo i giudici di legittimità, la Corte di Strasburgo non ha stabilito che, ai fini della operatività della confisca urbanistica, il giudizio debba necessariamente concludersi con una affermazione di responsabilità ovvero con una sentenza di condanna, essendo sufficiente che venga accertata la partecipazione psichica dell'agente al reato. Ciò risulta in sintonia con quanto previsto nella decisione quadro 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 del Consiglio dell'Unione europea, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi del reato (la decisione avrebbe dovuto essere attuata dagli stati membri entro il 15 marzo 2007; l'Italia ne prevedeva il recepimento entro il 24 marzo 2009 ma, allo stato, non risulta recepita). Sotto questo aspetto, deve menzionarsi l'art. 31 della legge comunitaria n. 34/2008 che, nel conferire al Governo la delega ad adottare il decreto legislativo occorrente per l'attuazione della citata decisione quadro, prevede la possibilità di confisca obbligatoria anche «nel caso di proscioglimento per mancanza di imputabilità o per estinzione di un reato, la cui esistenza sia accertata con la sentenza che conclude il giudizio dibattimentale o abbreviato. […] prevedere che in ogni caso la confisca non pregiudichi i diritti dei terzi in buona fede sulle cose che ne sono oggetto» (V., al riguardo, Sez. III, 26 giugno 2008, n. 37472, Belloi ed altri, in *C.E.D. Cass*., n. 241100; Sez. III, 17 marzo 2009, n. 17865, Quarta ed altri, *ivi*, n. 243749; Sez. III, 09 luglio 2009, n. 36844, Contò, *ivi*, nn. 244922 e 244924).

[473] Corte Cost., 16 luglio 2009, n. 239, in *Riv. giur. edil.*, 2009, p. 1986 ss. Nello stesso senso, v. Corte Cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Corriere giur*., 2008, p. 153 ss. Sez. III, 13 luglio 2009, n. 39078, Apponi ed altri, *ivi*, n. 245345, ha dichiarato irrilevante la questione di costituzionalità, per asserito contrasto con gli artt. 27, 42 e 117, comma 1, Cost. (in relazione all'art. 7 C.E.D.U.), dell'art. 44, comma 2, D.P.R. n. 380/2001, precisando nella motivazione che la giurisprudenza di legittimità ha già fornito una interpretazione adeguatrice alle decisioni della Corte di Strasburgo del 30 agosto 2007 e del 20 gennaio 2009, tale da escludere la ravvisabilità dei denunciati profili di incostituzionalità.

Rilevato il contrasto di tale impostazione con il *dictum* della Corte di Strasburgo del 30 agosto 2007, i giudici della Suprema Corte, nel 2008[474], dopo aver qualificato la confisca urbanistica una sanzione amministrativa, hanno fatto applicazione dei principi di cui agli artt. 2 e 3 della legge n. 689/1981 e, conseguentemente, hanno escluso la possibilità di estendere la misura ablativa a coloro che, estranei al procedimento penale, siano venuti in buona fede in possesso del terreno abusivamente lottizzato e/o dell'opera su di esso costruita.[475] I giudici di legittimità, pertanto, hanno ritenuto confiscabili i terreni e gli immobili – sebbene appartenenti a persona non indagata né imputata, che assume di essere estranea alla commissione del reato ed acquirente in buona fede – solo all'esito di una valutazione circa la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo. In altri termini, secondo tale indirizzo interpretativo, l'acquirente, estraneo al procedimento penale, non potrebbe essere assoggettato alla confisca prevista dal citato art. 44, se non quando la sua partecipazione sia accompagnata anche dall'elemento psicologico costituito da una condotta almeno colposa in ordine al carattere abusivo della lottizzazione.

A parere della Corte di Cassazione, l'opzione ermeneutica in esame, pur ritenendo la confisca una misura amministrativa, risultava comunque in linea con le pronunce della Corte europea, richiedendo, ai fini della confiscabilità dei terreni lottizzati e delle opere abusivamente costruite, che l'acquirente, estraneo al procedimento penale, non avesse agito in buona fede.

Con sentenza n. 17865/2009, i giudici di legittimità, evidenziata la natura plurisoggettiva del reato di lottizzazione c.d. negoziale e la sua struttura unitaria, caratterizzata dall'intimo nesso causale che lega le condotte dei vari partecipi,

---

[474] Ci si riferisce a Sez. III, 24 ottobre 2008, n. 42741, Silvioli ed altri in *C.E.D. Cass.*, n. 241703.

[475] Secondo Sez. III, 24 ottobre 2008, n. 42741, Silvioli ed altri in *C.E.D. Cass.,* n. 241703, «Non appare dubbio che la norma, per la sua formulazione generica, disancorata da qualsiasi riferimento al tipo di procedimento penale, attraverso il quale viene accertata la lottizzazione abusiva ed alla individuazione dei soggetti passivi della misura ablatoria patrimoniale, presenta rilevanti problemi interpretativi e suscita dubbi di legittimità costituzionale quale conseguenza di una sua applicazione indiscriminata». Successivamente alla decisione n. 42741/2008, e prima dell'intervento della Corte E.D.U. con la pronuncia del 20 gennaio 2009, è intervenuta Sez. III, 12 dicembre 2008, n. 12118, Scalici, in *C.E.D. Cass.*, n. 243395, rilevando che la confisca urbanistica, avendo natura sanzionatoria, non possa essere disposta nei confronti di soggetti estranei alla commissione del reato e che siano possessori di buona fede, non essendo ammissibili criteri di responsabilità oggettiva nemmeno qualora si tratti di sanzioni amministrative.

hanno precisato che la condotta dell'acquirente non rappresenti un evento imprevisto ed imprevedibile per il venditore[476]. Inoltre, a parere della Suprema Corte, la cooperazione dell'acquirente nel reato può essere riconosciuta anche quando manchi un previo concerto o un'azione concordata con il venditore, essendo meramente sufficiente una semplice adesione al disegno criminoso da questi concepito, posta in essere anche attraverso la violazione – deliberata o dovuta a trascuratezza – di specifici doveri di informazione e conoscenza che costituiscono diretta applicazione dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.

Ciò posto, in base a tale indirizzo interpretativo, confermato dalla Corte di Cassazione nelle pronunce successive, il giudice ha il potere di ordinare la confisca anche nei confronti degli acquirenti estranei al procedimento i quali, al fine di contestare la legittimità della misura patrimoniale inflitta, possono unicamente esperire incidente di esecuzione dinnanzi al giudice civile, non essendo legittimati ad impugnare la sentenza con cui la sanzione ablatoria è stata applicata. Peraltro, in sede civile, incombe in capo all'acquirente, che si è visto confiscare i propri terreni, l'onere di dimostrare di aver agito in buona fede; solo qualora egli riesca a provare di non essersi reso conto di aver partecipato ad una operazione di illecita lottizzazione, pur avendo adoperato la necessaria diligenza nell'adempimento dei predetti doveri di conoscenza e di informazione, il giudice potrà disporre la restituzione dei terreni e degli immobili confiscati[477].

Le conclusioni a cui è pervenuta la Suprema Corte nel 2009 e che, come sopra accennato, sono state condivise dalla giurisprudenza assolutamente prevalente, destano serie perplessità sotto diversi profili. Innanzitutto, l'acquirente,

---

[476] V., in tal senso, Sez. Un., 27 marzo 1992, n. 4708, Fogliani ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 190829.

[477] Sez. III, 17 marzo 2009, n. 17865, Quarta ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 243749; Sez. III, 09 luglio 2009, n. 36844, Contò, *ivi*, nn. 244922 e 244924; Sez. III, 13 luglio 2009, n. 39078, Apponi ed altri, *ivi*, n. 245345; Sez. III, 29 settembre 2009, n. 42178, Spini ed altro, *ivi*, n. 245170; Sez. III, 21 ottobre 2009, n. 48924, Tortora ed altri, *ivi*, n. 245763; Sez. III, 22 ottobre 2009, n. 48925, Viesti ed altri, *ivi*, n. 245917; Sez. VI, 23 novembre 2010, n. 45492, Murolo, *ivi*, n. 249215; Sez. F, 24 luglio 2012, n. 31921, Spaccialbelli, *ivi*, n. 253421; Sez. III, 18 ottobre 2012, n. 45833, Comune di Palermo, *ivi*, n. 253853; Sez. III, 28 febbraio 2013, n. 15981, Moretti, ivi, n. 254987; Sez. III, 14 maggio 2008, n. 36304, Zarcone ed altri, *ivi*, n. 242153. In dottrina, cfr., in particolare, ROMANELLI A., *Ancora su confisca urbanistica e tutela dei terzi estranei al reato,* in *Giur. it.*, 2010, p. 662 ss.; SOTTILI M., *Inapplicabilità ai terzi in buona fede del sequestro preventivo di immobili lottizzati abusivamente*, in *Riv. pen.*, 2010, p. 402 ss.

nonostante la sua estraneità al procedimento penale e, dunque, l'impossibilità di articolare una propria difesa nel relativo giudizio, può vedersi sottratti i terreni e/o gli immobili di cui risulti essere proprietario. Allo stesso è solamente consentito di reagire alla misura ablatoria, ordinata dal giudice penale, mediante l'esperimento di un incidente di esecuzione in sede civile, ove, peraltro, si riscontra una – quantomeno discutibile – inversione dell'*onus probandi*, essendo l'acquirente gravato dall'onere di dimostrare di aver agito in buona fede ovvero, come precisato dagli stessi giudici di legittimità, di aver assunto, anche presso gli uffici pubblici, tutte le necessarie informazioni sulla sussistenza di un titolo abilitativo nonché sulla compatibilità dell'immobile con gli strumenti urbanistici[478].

Al riguardo, occorre tenere sempre presente che, se da un lato i giudici italiani continuano a qualificare la confisca urbanistica una sanzione amministrativa, dall'altro la Corte di Strasburgo, nelle pronunce rese nel caso Punta Perotti – e, come si vedrà *infra*, anche nel caso Varvara del 2013 –, riconosce natura penale alla misura ablativa patrimoniale. Ed allora, se si seguisse l'impostazione dei giudici europei, risulterebbe palese la violazione di alcuni principi fondamentali di rilievo costituzionale. Primi tra tutti, il principio di presunzione di non colpevolezza, di cui all'art. 27, comma 2, Cost., e il principio del giusto processo, essendo richiesto all'acquirente, estraneo al procedimento penale, di dimostrare – tra l'altro, in sede civile – di aver adempiuto ai doveri di diligenza, al fine di contestare l'applicazione della confisca urbanistica, già disposta nel procedimento penale al quale egli non ha partecipato. Oltretutto, non v'è chi non veda la ingiustificata disparità di trattamento processuale in danno dell'acquirente estraneo al processo, gravato dal non facile onere di dimostrare la propria buona fede, rispetto all'alienante e all'acquirente imputati nel

[478] V. Sez. III, 22 ottobre 2009, n. 48925, Viesti ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 245917; Sez. VI, 23 novembre 2010, n. 45492, Murolo, *ivi*, n. 249215; Sez. III, 18 ottobre 2012, n. 45833, Comune di Palermo, *ivi*, n. 253853, ove la buona fede dell'acquirente è stata desunta dall'avvenuta allegazione al rogito del certificato di destinazione urbanistica, oltre che dal fatto che lo stesso aveva riposto legittimo affidamento nella prassi comunale di rilasciare le concessioni anche in assenza del piano di lottizzazione. V, inoltre, Sez. III, 14 maggio 2008, n. 36304, Zarcone ed altri, *ivi*, n. 242153, secondo cui, in tema di lottizzazione abusiva, la consapevolezza, in capo all'agente, dell'abusività della lottizzazione di terreni si trae dal fatto di dover allegare, per legge, all'atto di trasferimento, il certificato di destinazione urbanistica che contiene tutte le prescrizioni urbanistiche riguardanti l'area interessata.

procedimento penale, i quali, al contrario, possono giovarsi della presunzione di innocenza.

È indubbio, pertanto, che la soluzione fatta propria dalla giurisprudenza italiana costituisca, in un certo qual modo, un "compromesso" rispetto ai principi affermati dalla Corte europea. Invero, qualificare una misura come "amministrativa" o come "penale" non è certo una scelta che produce effetti sul solo piano sanzionatorio, contribuendo, per contro, all'individuazione della disciplina applicabile. Disciplina che i giudici italiani collocano in una sorta di "terra di mezzo" tra diritto penale e diritto amministrativo, ammettendo talune garanzie, ma senza arrivare alla completa equiparazione alla sanzione penale, come invece richiesto dalla Corte di Strasburgo.

Si è visto che, nonostante la Corte europea nel noto caso Sud Fondi c. Italia avesse qualificato la confisca urbanistica come sanzione penale, la Corte di Cassazione non ha mancato di ribadirne la natura amministrativa, confermandone, di conseguenza, l'operatività anche in assenza di una sentenza di condanna e, in particolare, in caso di proscioglimento dell'imputato per intervenuta prescrizione del reato di lottizzazione abusiva. Si è altresì evidenziato che la Suprema Corte, nel tentativo di conformarsi ai *dicta* resi nel 2007 e nel 2009 dai giudici di Strasburgo, ha rilevato la necessità, ai fini dell'applicazione della confisca *ex* art. 44 T.U. dell'edilizia, anche in caso di maturata prescrizione del reato, che il giudice penale verifichi non solo l'oggettiva trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, ma accerti anche l'elemento psicologico del fatto di lottizzazione abusiva.

Orbene, tale impostazione è stata apertamente contestata dalla Corte europea di diritti dell'uomo nella recente sentenza depositata il 29 ottobre 2013, destinata ad assumere carattere senza dubbio dirompente nell'ordinamento italiano, sebbene tale pronuncia sia allo stato non definitiva, in quanto suscettibile di impugnazione da parte dell'Italia dinnanzi alla Grande *Chambre*.

Nel dettaglio, i giudici di Strasburgo, facendo proprie le conclusioni a cui erano già pervenuti nel noto caso Sud Fondi c. Italia, hanno confermato la natura penale della confisca *de qua*, facendo da ciò discendere l'operatività degli

artt. 6 e 7 della Convenzione, degli artt. 25 e 27 Cost., oltre che di talune disposizioni del codice penale (artt. 1, 42 e 5 c.p.) e del codice di rito (artt. 129, 530, 533 c.p.p.), che sanciscono il divieto di applicazione della pena in mancanza di una sentenza di condanna. In altri termini, perché il giudice penale possa irrogare la misura *de qua*, trattandosi di una sanzione penale, non è sufficiente l'accertamento in sede giudiziale del fatto di lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, come invece sostenuto dalla Corte di Cassazione a più riprese, essendo al contrario necessario il riconoscimento della responsabilità penale dell'imputato *ex* art. 533 c.p.p. Dichiara la Corte che «Sarebbe infatti incoerente esigere, da una parte, una base legale accessibile e prevedibile e permettere, dall'altra, una punizione, quando nel caso di specie, la persona interessata non è stata condannata».

Sulla base delle descritte coordinate ermeneutiche, stante la natura penale della sanzione e l'assenza di una sentenza di condanna, la Corte di Strasburgo, con sei voti contro uno, ha dichiarato la violazione da parte dello Stato italiano dell'art. 7 CEDU. Non è dunque consentito disporre la confisca urbanistica qualora il processo in sede penale si concluda con una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato.

In conformità agli artt. 45, par. 2, e 74, par. 2, della Convenzione, il giudice Pinto de Albuquerque, con parere separato, ha motivato il proprio voto dissenziente in ordine alla violazione dell'art. 7 CEDU nel caso Varvara c. Italia, escludendo che la confisca urbanistica di cui all'art. 44 T.U. dell'edilizia abbia natura penale poiché priva della funzione repressiva e punitiva. Secondo il giudice, infatti, i beni confiscati sono acquisti al patrimonio degli enti locali, e non dello Stato, contrariamente a quanto previsto per la confisca penale di cui all'art. 240 c.p.; inoltre, la misura in esame è provvisoria, potendo essere revocata nell'ipotesi in cui l'amministrazione regolarizzi *ex post facto* la lottizzazione.

In conclusione, giova precisare che, qualora la sentenza della Corte europea dovesse divenire definitiva, tenuto conto della vincolatività delle pronunce dei giudici di Strasburgo negli ordinamenti dei singoli Stati, i giudici italiani saranno tenuti a conformarsi al *dictum* del 2013, pena l'eventuale (ed ennesima)

condanna dell'Italia per violazione delle disposizioni della C.E.D.U. Peraltro, il nostro ordinamento conosce diverse ipotesi speciali di confisca esplicitamente qualificate come "pene accessorie", e quindi sicuramente sanzioni "penali" in senso proprio, che oltretutto, in quanto pene accessorie, presuppongono sempre una condanna[479].

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, contrasta con i principi dettati dalla Corte di Strasburgo l'interpretazione ermeneutica elaborata dalla Corte di Cassazione che, in caso di prescrizione del reato, condiziona l'operatività della confisca all'accertamento, in sede giudiziale, della partecipazione psichica del soggetto all'illecito. Per la stessa ragione, è necessario il superamento dell'orientamento giurisprudenziale che richiede in capo agli acquirenti, estranei al processo penale, di dimostrare, esperendo incidente di esecuzione, la propria buona fede al momento dell'acquisto dei terreni e delle opere abusivamente costruite, al fine di rivendicare la illegittimità, nei loro confronti, della disposta misura ablativa[480].

---

[479] Secondo Sez. Un., 28 aprile 1999, Bacherotti, in *Riv. pen.*, 1999, p. 633 ss., «le c.d. confische speciali si caratterizzano, rispetto a quella generale regolata dall'art. 240 c.p., per l'accentuazione sia della finalità general-preventiva sia di quella sanzionatoria, per l'obbligatorietà della misura e per l'ampliamento dell'oggetto, costituito anche da beni privi di un rapporto di diretta derivazione causale dal delitto». Sez. Un., 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008), Fisia Italimpianti e altri, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 1738 ss., con note di MONGILLO V., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci ed ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, *ivi*, p. 1758 e LORENZETTO E., *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*, *ivi*, p. 1788, hanno rilevato che la proliferazione di ipotesi di confisca obbligatoria dei beni strumentali alla consumazione del reato e del profitto ricavato, ha messo in crisi «le costruzioni dommatiche elaborate in passato e la identificazione, attraverso il nomen iuris, di un istituto unitario, superando così i ristretti confini tracciati dalla norma generale di cui all'art. 240 c.p.». Può dunque sostenersi che le consistenti deviazioni rispetto al modello di confisca delineato all'art. 240 c.p. – incentrato sul concetto di pericolosità reale, individuata nella perniciosa relazione che si può instaurare tra il reo e talune categorie di cose a vario titolo connesse al reato, e quindi preordinato allo svolgimento di una funzione eminentemente preventiva – sono un chiaro indice rivelatore della progressiva evoluzione in chiave punitivo-repressiva della matrice codicistica. In particolare, l'estensione dell'obbligatorietà della confisca anche a tutti i casi, per cui l'art. 240, comma 1, c.p. ne prevede la disposizione solo facoltativamente, escludendo la necessità di qualsivoglia accertamento in concreto della pericolosità reale, finirebbe - secondo FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bononia University press, 2007 , p. 229 - per attribuire all'ablazione «una funzione deterrente che la rende assimilabile (quanto meno) alla pena accessoria». Con riguardo a talune ipotesi di confisca qualificate come pene accessorie, si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla confisca obbligatoria del veicolo utilizzato per la commissione del reato di trasporto illecito di rifiuti *ex* art. 259 comma 2, d.lgs. n. 152 del 2006, e alla confisca dell'autoveicolo ex artt. 186 e 187 d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (c.d. Codice della Strada).

[480] Afferma A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della*

Dopo due pronunce vertenti pressappoco sulla stessa questione e a così poca distanza l'una dall'altra ci si sarebbe aspettati che la giurisprudenza italiana si conformasse a quella della Corte europea. Invece, lungi dal recepire fedelmente il *dictum* della Corte Europea, ha continuato ad interrogarsi circa la possibilità di applicare la confisca urbanistica, pur nei casi di reato prescritto.

In particolare, con ordinanza del 30 aprile 2014 la terza Sezione penale della Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, secondo comma, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, come interpretato dalla Corte EDU nella sentenza Varvara c. Italia, nel senso che la confisca ivi prevista non possa applicarsi nel caso di declaratoria di prescrizione del reato urbanistico, anche qualora la responsabilità penale sia stata incidentalmente accertata in tutti i suoi elementi. Secondo i giudici di legittimità, tale iterpretazione si sarebbe posta in contrasto con gli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117 Cost., ritenendo che la Corte EDU nella sentenza Varvara c. Italia avesse dato esclusiva preminenza al diritto di proprietà privata, a scapito di numerosi altri interessi costituzionalmente garantiti[481].

"materia penale", in *Dir. Pen. Contemp.*, 2015: «derivano, secondo la Corte europea, due conseguenze obbligate. La prima (per la verità non così scontata, stando ai precedenti orientamenti della Corte EDU) è quella per cui la "confisca-pena" può applicarsi solo sulla base di un giudizio di responsabilità formulato in riferimento tanto all'elemento oggettivo quanto a quello soggettivo del reato. La seconda, che della prima è il necessario completamento, è quella per cui la "confisca-pena" può essere applicata solo a seguito di una (non meglio precisata) sentenza di condanna. Potrebbe forse discutersi la condivisibilità delle premesse relative alla natura giuridica della misura in questione, specie in considerazione dei toni asseritivi, a tratti apodittici, con i quali la Corte di Strasburgo ha affermato la natura sostanzialmente penale della confisca urbanistica: circostanza ancor più evidente nella "sentenza Varvara", posto che i giudici di Strasburgo sono intervenuti a seguito delle chiare resistenze mostrate dalla giurisprudenza italiana rispetto alla direzione indicata nel "caso Sud Fondi". Se tuttavia si conviene che, nell'ottica di un innalzamento del livello di garanzie, la premessa in questione non possa (o non debba) essere messa in discussione, la soluzione "convenzionalmente conforme" potrebbe essere sintetizzata dal seguente sillogismo: una pena può essere applicata solo a seguito dell'accertamento di un reato al completo dei suoi elementi costitutivi e questo accertamento deve essere contenuto in una sentenza di condanna; la confisca urbanistica è una pena; *ergo* la confisca urbanistica può essere disposta solo in presenza di una sentenza di condanna che accerti la responsabilità del destinatario della misura».

[481] La Cassazione, insomma, scende in campo al fine di garantire delle ragioni poste alla base dell'indirizzo giurisprudenziale venuto a formarsi in materia di confisca urbanistica, un indirizzo teso a garantire valori di rango costituzionale, attraverso il quale al contempo assicurare «acquisizione dei beni abusivamente lottizzati al patrimonio del comune attraverso» l'utilizzo della confisca a tal fine considerata una sanzione amministrativa, sebbene applicata dal giudice penale in via di supplenza rispetto al meccanismo amministrativo, un indirizzo sensibile alle esigenza di tutela dell'affidamento dei terzi di buona fede. Insomma buone, nobili

Quasi in contemporanea, rispetto a quella sollevata dai giudici di legittimità, viene sollevata dal Tribunale di Teramo una seconda questione di legittimità costituzionale, vertente sempre sull'art. 44 ma muovendo verso la direzione opposta rispetto a quella sollevata dai giudici di legittimità. La doglianza del giudice ordinario si fonda anch'essa sulla pronuncia della Corte di Strasburgo, mirando tuttavia a denunciare l'illegittimità della norma domestica alla luce del "diritto vivente" della Corte di Cassazione, ritenuto peraltro perfettamente in linea con la *littera legis* dell'art. 44, comma 2, per cui il giudice *a quo* ritiene, da un lato, non risolvibile il contrasto in via interpretativa, e dall'altro considera necessario un intervento della Consulta al fine di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'articolo suddetto «nella parte in cui consente che l'accertamento nei confronti dell'imputato del reato di lottizzazione abusiva, quale presupposto dell'obbligo per il giudice penale di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, possa essere contenuto anche in una sentenza che dichiari estinto il reato per intervenuta prescrizione».

Con sentenza del 2015, la Consulta[482] - come già si era prospettato da più parti – ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate dai giudici remittenti[483]. Con

intenzioni sono leggibili nell'enfasi data a principi costituzionali di protezione di diritti inviolabili delle persone. Tali buone intenzioni tuttavia non sono secondo la dottrina qui ripresa sufficienti a dare per certa la tenuta degli argomenti contenuti nell'ordinanza della Cassazione. Ci si è domandati se il legislatore potesse o meno realizzare quello stesso bilanciamento di interessi realizzato dalla Corte europea e tacciato di illegittimità da parte dei nostri giudici nazionali, in altri cosa sarebbe successo se quanto stabilito con la sentenza Varvara fosse stato imposto per via legislativa. Sempre secondo la dottrina che si cita tale ipotesi sarebbe stata considerata legittima poiché rientrante nelle scelte di politica del diritto affidate al legislatore, anche perché una eventuale questione di legittimità, come quella proposta, avrebbe avuto come effetto l'ampliamento della sfera del penalmente rilevante e per tal motivo inammissibile.

[482] Corte Cost., 14 gennaio 2015, n. 49, in *www.cortecostituzionale.it*.

[483] In primo luogo la Corte rimprovera ai giudici della Cassazione l'erronea individuazione della norma oggetto di censura: non è l'art. 44 ad essere viziato, bensì dovrebbe ritenersi illegittima la legge 4 agosto 1955, n. 848 (Legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), nella parte in cui con essa si è conferita esecuzione ad una norma reputata di dubbia costituzionalità, ovvero al divieto di applicare la confisca urbanistica se non unitariamente ad una pronuncia di condanna penale. L'erroneità dell'impostazione era apparsa alquanto evidente e del resto era stata prontamente denunciata in dottrina, si veda F. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, *cit*., p. 8. Si riporta per esteso il passaggio in cui la Corte argomenta la sua posizione «Il rimettente è convinto che, a seguito della sentenza Varvara contro Italia, l'art. 44, comma 2, del dP.R. n. 380 del 2001, debba assumere, in via ermeneutica, il significato che la Corte di Strasburgo gli avrebbe attribuito, e che, proprio per effetto di un

particolare riferimento alla problematica oggetto di esame, la Corte osserva come i giudici remittenti siano partiti dall'erroneo presupposto per il quale la sentenza Varvara della Corte EDU vincolerebbe direttamente il giudice interno, impedendogli categoricamente di applicare la confisca urbanistica al cospetto di un reato prescritto.

Di contro, secondo la Corte costituzionale, «entrambi i rimettenti avrebbero dovuto vagliare i profili di costituzionalità implicati dalla vicenda, muovendo dal presupposto che la sentenza Varvara non li vincolasse ad attribuire all'art. 7 della CEDU il significato che invece ne hanno tratto. La Corte di cassazione, inoltre, non avrebbe potuto in nessun caso sposare un'interpretazione che lo stesso giudice rimettente riteneva di dubbia costituzionalità». Dal momento, dunque, che la sentenza Varvara rappresenta, tutt'oggi, un unicum all'interno del diritto vivente, non costituendo ancora "giurisprudenza consolidata", il giudice remittente, prima di deferire la questione alla Consulta, avrebbe dovuto

---

simile processo adattativo, tale significato si presti a rilievi di costituzionalità. Questo modo di argomentare è errato secondo un duplice aspetto. In primo luogo, esso presuppone che competa alla Corte di Strasburgo determinare il significato della legge nazionale, quando, al contrario, il giudice europeo si trova a valutare se essa, come definita, e applicata dalle autorità nazionali, abbia, nel caso sottoposto a giudizio, generato violazioni della superiore previsione della CEDU. È pertanto quest'ultima, e non la legge della Repubblica, a vivere nella dimensione ermeneutica che la Corte EDU adotta in modo costante e consolidato. Naturalmente, non è in discussione che, acquisita una simile dimensione, competa al giudice di assegnare alla disposizione interna un significato quanto più aderente ad essa [...], a condizione che non si riveli del tutto eccentrico rispetto alla lettera della legge [...]. Tuttavia, e in secondo luogo, sfugge al rimettente che il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, appena ribadito, è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU. Il più delle volte, l'auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, offrirà una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti. Ma, nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana. Nel caso sottoposto al giudizio di questa Corte, perciò, il giudice a quo non avrebbe potuto assegnare, in sede interpretativa, all'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, un significato che la stessa Corte di cassazione reputa incostituzionale. La pretesa antinomia venutasi a creare tra il diritto nazionale interpretato in senso costituzionalmente orientato, e dunque fermo nell'escludere che la confisca urbanistica esiga una condanna penale, e la CEDU, che a parere del rimettente esprimerebbe una regola opposta, avrebbe perciò dovuto essere risolta ponendo in dubbio la legittimità costituzionale della legge di adattamento, in quanto essa permette l'ingresso nell'ordinamento italiano di una simile regola». Il secondo dei profili di inammissibilità, addebitato ancora alla ordinanza della Corte di Cassazione, consiste nel difetto di motivazione in ordine alla rilevanza.

verificare se, discostandosi dalla sentenza europea, si potesse comunque giungere ad una interpretazione del diritto interno conforme a Costituzione[484].

Tutto ciò lascia presagire che il capitolo riguardante la confisca urbanistica e quanto ruota attorno ad essa, e soprattutto, spostandosi su un livello più ampio, la "storia" dei rapporti tra Corti interne e Corte di Strasburgo, non possono dirsi conclusi in modo definitivo, e per il momento ci si deve accontentare di un finale aperto, che lascia spazio a future evoluzioni, colpi di scena, insomma non resta che "stare a vedere" che cosa accadrà e quali altri riflessi il diritto europeo produrrà sul nostro diritto, specie su quello penale[485].

---

[484] G. CIVELLO, *Rimessa alla Grande Chambre la questione della confisca urbanistica in presenza di reato prescritto: verso il superamento della sentenza "Varvara"?*, in *www.archiviopenale.it*, p. 7. Precisa A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2015: «[…] la Corte, pur non mettendo in discussione la natura "sostanzialmente penale" della confisca urbanistica, ritiene ammissibile che la "confisca-pena" resti sottoposta a uno statuto differente rispetto alle altre sanzioni penali e che, in particolare, possa applicarsi anche in assenza di una sentenza di condanna "in senso stretto". Le conclusioni in questione sono motivate precisando che il concetto di "condanna", individuato dal giudice europeo quale necessario presupposto dell'applicazione di una "pena CEDU", non vada inteso in un'accezione meramente formale, ma, piuttosto, valorizzando la sostanza della pronuncia che di volta in volta viene in considerazione. Alla nozione "non formale" di "pena" fa da pendant una nozione altrettanto "non formale" di "condanna". La sentenza che accerta la prescrizione di un reato, in effetti, «non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità», che anzi si rende necessario qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica. L'accertamento in questione ben potrebbe essere considerato sufficiente ai fini dell'applicazione di una "pena CEDU", senza che dalla "sentenza Varvara" sia possibile estrarre il (differente) principio di diritto per cui l'applicazione della confisca urbanistica debba necessariamente seguire a una sentenza "formalmente" di condanna».

[485] Afferma A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2015: «Considerazioni in larga parte analoghe sembrano valere anche per la posizione, rispetto alla confisca urbanistica, di soggetti terzi. A tal proposito, malgrado la questione resti spesso sullo sfondo, le maglie del sillogismo "convenzionalmente orientato" parrebbero ancor più evidentemente stringenti: la responsabilità penale è personale; la confisca urbanistica è una sanzione penale; *ergo* la confisca urbanistica non può applicarsi a soggetti che non siano gli autori del reato. La stessa distinzione tra terzi in buona fede e terzi in mala fede, a ben vedere, risulterebbe priva di giustificazione e di rilevanza, qualora il "terzo in mala fede" non abbia almeno concorso alla lottizzazione abusiva. Anche in riferimento alla possibile operatività della confisca nei confronti di soggetti terzi la Corte costituzionale si rifugia però in una soluzione di stampo sostanziale, che, in definitiva, produce l'effetto di non mettere in discussione lo status quo: se il terzo di buona fede non può in alcun caso subire gli effetti della confisca, la mala fede dello stesso deve essere dimostrata, da parte della pubblica accusa, «attenendosi ad adeguati standard probatori e rifuggendo da clausole di stile che non siano capaci di dare conto dell'effettivo apprezzamento compiuto». L'impressione, detto altrimenti, è quella per cui la "pena CEDU" risulti caratterizzata da una disciplina autonoma, collocata a mezza via tra la pena formalmente qualificata come tale da parte del legislatore nazionale, e la sanzione (anche sostanzialmente) amministrativa. Dalla nozione sostanzialistico-funzionale di "materia penale" si ricaverebbe uno statuto, anch'esso caratterizzato in senso sostanzialistico-funzionale, riferibile a una sanzione che, pur dovendo qualificarsi come "penale" in una prospettiva

2.2. La "tormentata" natura della confisca ex artt. 186 e 187 C.d.S. e la sua inapplicabilità nel caso di veicolo oggetto di un contratto di leasing.

Annosa questione è quella relativa alla natura giuridica della confisca del veicolo di cui agli artt. 186 e 187 C.d.S. Come noto, tale misura è stata introdotta con il d.l. n. 92/2008 che, con particolare riferimento al reato di guida in stato di ebbrezza, ha disposto all'art. 186, comma 2, lett. c), C.d.S. che «con la sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena a richiesta delle parti, anche se è stata applicata la sospensione condizionale della pena, è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'art. 240, comma 2, del codice penale, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato».

Con la legge di conversione n. 125/2008 è stata altresì introdotta la confisca del veicolo in caso di rifiuto degli accertamenti strumentali *ex* art. 186, comma 7, C.d.S, stabilendo che «la condanna […] comporta la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida […] e della confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal comma 2, lett. c) […]». Mediante clausole di rinvio alle norme citate, sono state introdotte identiche ipotesi di confisca per i reati di guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti e di rifiuto dei relativi accertamenti strumentali (art. 187, commi 1 e 8, C.d.S.).

A seguito delle modiche apportate alle disposizioni codicistiche in oggetto, la giurisprudenza prevalente[486] ha ritenuto di dover qualificare la confisca una

convenzionale e pur risultando applicata all'esito di un processo penale (a differenza di quanto avviene per le sanzioni CONSOB), non presuppone una sentenza di condanna in senso stretto, non risulta "travolta" dalla prescrizione di quel reato che pure ne costituisce il presupposto applicativo e può avere come destinatari anche soggetti che non siano almeno concorrenti nel reato "accertato". Nulla osta, in linea di principio, all'elaborazione di questa categoria intermedia, nell'ottica di una più coerente gradazione degli strumenti offerti dal diritto punitivo. Le distinzioni a livello classificatorio, tuttavia, hanno un senso solo se e in quanto dalle stesse derivino distinzioni di disciplina apprezzabili e, soprattutto, chiaramente individuabili sul piano astratto. In caso contrario si corre il rischio di restare travolti da una poco "prevedibile" logica del caso per caso, suggerita, magari, dalle contingenze proprie di un settore caratterizzato dalla presenza di reati contravvenzionali e da tempi di prescrizione particolarmente esigui».

[486] Con riferimento all'art. 186, comma 2, lett. c), C.d.S., v. Cass. pen., 27 gennaio 2009, n. 9986; Cass. pen., 3 aprile 2009, n. 38179; Cass. pen., 4 giugno 2009, n. 32932; Cass. pen., 13 maggio 2009, n. 27478; Cass. pen, 2 ottobre 2009, n, 1539. Con riguardo all'art. 187, comma 1, C.d.S., v. Cass. pen., 12 gennaio 2010, n. 12826 e Cass. pen., 19 gennaio 2010, n. 12406.

misura di carattere penale e, più precisamente, una misura di sicurezza[487], in ragione dell'espresso rinvio operato dall'art. 186, comma 2, lett. c), C.d.S. all'art. 240, comma 2, c.p., che, nello specifico, individua ipotesi di confisca obbligatoria. In particolare, secondo i giudici di legittimità, poiché il veicolo costituisce la cosa che serve a commettere il reato, in assenza del predetto rinvio si sarebbe fatta applicazione della confisca facoltativa di cui all'art. 240, comma 1, c.p.; la scelta del legislatore, pertanto, è stata quella di rendere obbligatoria una misura ablativa la cui applicazione, altrimenti, sarebbe stata rimessa alla discrezionalità dell'organo giudicante.

Dalla qualificazione della confisca come misura di sicurezza discende l'operatività dell'art. 200 c.p. che consente l'applicazione retroattiva di tale misura ai fatti previsti dalla legge come reato o quasi-reato[488]. Si pensi al caso in cui un soggetto commetta il reato contravvenzionale di guida in stato di ebbrezza nell'anno 2007; a quel tempo la legge, come sopra detto, non prevedeva l'applicabilità della confisca, introdotta solo con il d.l. n. 92/2008. Se ritenessimo di qualificare la confisca una misura di sicurezza, opererebbe l'art. 200 c.p. e, conseguentemente, il giudice dovrebbe disporre la confisca del veicolo, malgrado, al tempo del commesso reato, tale misura ablativa non fosse prevista. Conseguenze nettamente contrarie vi sarebbero se la confisca di cui agli artt. 186 e 187 C.d.S. venisse qualificata come sanzione penale, in quanto l'art. 25, comma 2, Cost. e l'art. 2.cp., cristallizzando il principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole, escludono che una sanzione penale possa applicarsi ai fatti di reato commessi prima della sua entrata in vigore.

[487] La misura di sicurezza, applicabile ad un soggetto socialmente pericoloso, è finalizzata a prevenire la commissione di futuri, eventuali, fatti di reato. Per tale ragione parte della dottrina sottolinea che tale misura "guardi al futuro", in ciò contraddistinguendosi dalla sanzione penale, con la quale, invece, si intende sanzionare in maniera repressiva l'autore di un illecito penale già verificatosi (la sanzione penale "guarda al passato"). La diversa finalità sottesa a queste due misure spiega la ragione per cui, mentre la disciplina della pena è regolata dal principio della irretroattività della legge penale più sfavorevole, la misura di sicurezza, al contrario, può essere applicata in via retroattiva secondo i dettami dell'art. 200 c.p.

[488] In giurisprudenza, v. Cass., I Sez., 15 gennaio 2009, n. 8404; Cass., Sez. III, 15 ottobre 2002, n. 40703; Cass., I Sez., 19 maggio 1999, n. 3717; Cass., II Sez., 3 ottobre 1996, n. 3655; Cass., VI Sez., 17 novembre 1995, n. 775.

Tale questione è stata analizzata dalla Consulta[489] e dalle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione nel 2010, entrambe concludendo nel senso della natura di sanzione penale della confisca *de qua* e, pertanto, della irretroattività di tale misura ai fatti di reato commessi in precedenza. In particolare, le Sezioni Unite con la sentenza n. 23428/2010, oltre a valorizzare il dato testuale[490], hanno ritenuto che la confisca di cui agli artt. 186 e 187 C.d.S. avesse una funzione sanzionatoria e general-preventiva – tipica delle pene – piuttosto che riparatoria o di prevenzione specifica, propria delle misure di sicurezza. I giudici di legittimità sono giunti alla medesima conclusione anche con riferimento alla ipotesi della confisca conseguente al rifiuto da parte del conducente di sottoporsi ai test alcolimetrici di cui all'art. 186, comma 7, C.d.S.: la circostanza per cui il legislatore, dopo che con il d.l. n. 117/2007 aveva depenalizzato tale condotta, avesse poi deciso, nuovamente, di equipararla, sotto il piano sanzionatorio, al più grave reato di cui all'art. 186, comma 2, C.d.S., ha indotto le Sezioni Unite a sostenere che tale parificazione non potesse che riferirsi anche alla sanzione accessoria della confisca, in quanto tesa a meglio contrastare il fenomeno del *drive drinking*.

Poco dopo la pronuncia delle Sezioni Unite, un'altra conferma nel senso della natura di sanzione penale accessoria della confisca *ex* art. 186, comma 2, C.d.S. si è avuta con la sentenza della Corte Costituzionale n. 196/2010[491]. Il percorso logico-argomentativo seguito dalla Consulta si rifà ad una analisi della disposizione in esame alla luce dei principi del diritto dell'Unione Europea e, nello specifico, dell'art. 7 C.E.D.U., così come letto ed interpretato dalla Corte di Strasburgo. Premessa fondamentale è che «la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica, giacché, se il suo contenuto consiste sempre nella privazione di beni economici, essa può essere disposta per

[489] La questione di legittimità costituzionale è stata rimessa con ordinanza del 27 maggio 2009.

[490] Sotto il profilo letterale, i giudici di legittimità hanno osservato che, se la confisca avesse natura di misura di sicurezza, non vi sarebbe stata la necessità da parte del legislatore di escludere che, in caso di condanna o sentenza di patteggiamento, cui consegua la sospensione condizionale della pena principale, si avesse la sospensione anche della misura della confisca, poiché, per principio generale, la sospensione condizionale della pena non si estende alle misure di sicurezza, contrariamente a quanto previsto all'art. 166 c.p. per le pene accessorie.

[491] G. ABBADESSA, *Guida in stato di ebbrezza e divieto di applicazione retroattiva della confisca del veic olo (Corte cost. n. 196/2010)*, in *Dir. pen. contemp.*, 2010.

diversi motivi e indirizzata a varie finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura civile e amministrativa».

Ciò posto, i giudici costituzionali, alla luce della posizione addotta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con riferimento al principio sancito all'art. 7 C.E.D.U., hanno sottolineato che l'interprete non possa, nella sua operazione ermeneutica, fermarsi al dato letterale, ma debba avere un approccio "sostanzialistico", volto ad analizzare il contenuto della misura per valutare se, prescindendo dal *nomen* utilizzato dal legislatore, si possa parlare di una pena o di una misura di sicurezza. In particolare, per qualificare una sanzione prevista dal diritto di uno Stato parte come "pena", occorre avere riguardo ai seguenti parametri: la sanzione deve essere imposta successivamente ad una condanna per reato ovvero deve essere collegata, in qualche modo, ad un illecito penale; la sanzione deve avere una funzione repressiva e deve essere grave; bisogna tenere conto della qualificazione che la sanzione ha nel diritto interno e delle procedure legate alla sua adozione e alla sua esecuzione.

Facendo applicazione di tali criteri, la Consulta ha ritenuto che la confisca di cui all'art. 186, comma 2, C.d.S. avesse natura di sanzione penale in quanto avente carattere punitivo-afflittivo, incompatibile con la funzione special-preventiva propria della misura di sicurezza. A tal fine, la Corte ha valorizzato il fatto che tale «misura è applicabile anche quando il veicolo dovesse risultare incidentato e temporaneamente inutilizzabile (e, dunque, privo di attuale pericolosità oggettiva) e che la sua operatività non impedisce in sé l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato, dunque un rischio di recidiva, sicché la misura della confisca si presenta non idonea a neutralizzare la situazione di pericolo per la cui prevenzione è stata concepita». Alla luce delle considerazioni sopra svolte, i giudici costituzionali, con la citata sentenza n. 196/2010, hanno dichiarato la illegittimità dell'art. 186, comma 2, lett. c), C.d.S. limitatamente alle parole «ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale», dalle quali derivava l'applicazione retroattiva della misura *de qua*.

La questione relativa alla natura giuridica della confisca *ex* artt. 186 e 187 C.d.S. sembrava così risolta a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale e

delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione che, come appena visto, si erano espresse nel senso della natura di pena accessoria. Tuttavia, la legge n. 120/2010, rinviando a quanto disposto all'art. 224 *ter* C.d.S., introdotto dalla stessa legge, ha espressamente qualificato la confisca in oggetto come sanzione amministrativa accessoria[492], ribaltando così i *dicta* sopra menzionati[493].

Strettamente connessa alla tematica in esame è la problematica analizzata nella sentenza n. 14484/2012 dalle Sezioni Unite della Cassazione che si sono pronunciate in merito alla applicabilità o meno della misura ablativa in commento nel caso in cui il veicolo sia oggetto di un contratto di *leasing*, in quanto l'art. 186, comma 2, lett. c), C.d.S. esclude l'operatività della confisca qualora il bene appartenga a persona estranea al reato.

Occorre innanzitutto capire cosa debba intendersi con la nozione di appartenenza; solo successivamente potrà analizzarsi il concetto di estraneità al reato. Quanto al primo profilo, bisogna stabilire se il bene concesso in *leasing* possa essere o meno considerato appartenente al locatario, malgrado questi ne diventi civilisticamente proprietario solo a seguito del pagamento dell'ultimo canone e dell'eventuale esercizio di opzione.

Un primo orientamento favorevole era stato espresso dalla Corte di Cassazione già con sentenza n. 4746/2007 allorquando aveva ritenuto che la legittimazione a chiedere la restituzione del bene sequestrato spettasse al locatario e non al concedente, in quanto il primo, avendo per tutta la durata del contratto il godimento e la disponibilità esclusiva del veicolo, assume tutti i rischi connessi alla circolazione dello stesso, ivi compreso la soggezione alle sanzioni conseguenti ad un illecito penale. Nel medesimo senso si colloca la più recente pronuncia n. 10688/2010 con cui la Corte di Cassazione ha affermato

[492] Art. 186, comma2, lett. c), C.d.S. così come novellato dalla legge n. 120/2010: «[…] Con la sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti, anche se è stata applicata la sospensione condizionale della pena, è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato. Ai fini del sequestro si applicano le disposizioni di cui all'articolo 224-ter».

[493] La Cassazione ha ripetutamente affermato la natura di sanzione amministrativa accessoria della confisca in esame, valorizzando il riferimento testuale all'art. 224 ter C.d.S., che qualifica per l'appunto la confisca come una sanzione amministrativa accessoria (in questo senso, v. Cass. pen., 4 novembre 2010, n. 40523). Al riguardo, si ritiene che vi sia contiguità normativa tra la confisca come sanzione penale e la confisca come sanzione amministrativa, poiché il fatto permane nella sua configurazione come reato, mutando esclusivamente la natura della sanzione accessoria.

che «Tenuto conto della natura e degli effetti di un contratto di leasing, non v'è dubbio che un bene detenuto in forza di tale contratto "appartiene" al soggetto al quale è stata attribuita la materiale disponibilità del bene stesso: ed invero, "appartenenza", non significa astrattamente proprietà di una "res", ma sostanzialmente diritto di goderne e disporne sulla base di titolo che esclude i terzi (caratteristica propria del leasing)»[494].

La Suprema Corte, tuttavia, con sentenza n. 13118/2011 è pervenuta ad una soluzione "mediana" poiché, pur confermando quanto già affermato nel 2007 e nel 2010, ha riconosciuto la legittimazione a chiedere la restituzione del veicolo confiscato non solo all'utilizzatore ma anche al concedente, in quanto titolare del diritto di proprietà.

Data l'incertezza giurisprudenziale in ordine alla nozione di appartenenza, sulla questione in esame sono intervenute nel 2012, come sopra accennato, le Sezioni Unite con sentenza n. 14484. I giudici di legittimità escludono che nella nozione di appartenenza possa essere ricompresa la generica disponibilità di un bene sulla base di una fonte giuridica legittima, richiedendosi, piuttosto, la sussistenza di un vero e proprio potere di fatto sulla cosa che si concretizzi, tra l'altro, nella facoltà di escludere altri dal godimento del bene. La Suprema Corte riconosce tale potere in capo all'utilizzatore di un veicolo in *leasing*, come peraltro confermato dall'art. 2054, comma 3, c.c. (che pone la responsabilità per i danni derivanti dalla circolazione del veicolo in capo al locatario in solido con il conducente) e dall'art. 196 C.d.S., in forza del quale è gravato delle sanzioni amministrative pecuniarie l'autore della circolazione in solido con l'utilizzatore a titolo di *leasing*, e non il concedente.

[494] V. anche Cass. pen., 26 settembre 2011, n. 34722. Secondo Cass. pen., 4 giugno 2012, n. 21476, «la nozione di "appartenenza" del veicolo a persona estranea al reato non va intesa in senso tecnico, come proprietà o intestazione nei pubblici registri, ma quale effettivo e concreto dominio sulla cosa, che può assumere la forma del possesso o della detenzione, purché non occasionali» (nello stesso senso, v. Cass. pen., 1 giugno 2010, n. 20610). L'accertamento in merito alla disponibilità del bene, peraltro, deve essere rigorosa poiché non integra la nozione in esame la mera intestazione a terzi del bene mobile utilizzato per la commissione del reato, qualora precisi elementi di fatto consentano di ritenere che l'intestazione sia del tutto fittizia e che, in realtà, sia l'autore dell'illecito ad avere la sostanziale disponibilità del bene. Sul punto, v., ex multis, Cass. pen., 20 marzo 2013, n. 10912, secondo cui la confisca del veicolo si applica, in caso di guida in stato di ebbrezza, anche se il veicolo è intestato ad una s.n.c., a condizione che alla guida vi sia un socio e sia accertata la disponibilità del mezzo in capo a tale soggetto.

Tuttavia, gli ermellini sottolineano che le disposizioni citate costituiscono una deroga ai principi generali e che, pertanto, una tale disciplina non possa essere applicata, in mancanza di una espressa previsione normativa, alla confisca *ex* art. 186, comma 2, lett. c), C.d.S. poiché, opinando diversamente, vi sarebbe un sacrificio ingiustificabile del diritto di proprietà che resta in capo al concedente del veicolo in *leasing* (perlomeno sino al pagamento dell'ultimo rateo di canone). In altri termini, malgrado la disposizione espressamente qualifichi la confisca *de qua* come sanzione amministrativa accessoria, la Suprema Corte, facendo applicazione dei criteri ermeneutici elaborati dalla Corte di Strasburgo e sopra illustrati, ritiene che la misura in esame abbia natura di sanzione penale accessoria data la sua afflittività. Deve pertanto farsi applicazione del principio di legalità dei reati e delle pene che permea l'intero sistema penale e che trova il suo fondamento normativo non solo all'art. 25, comma 2, Cost., ma anche all'art. 7 C.E.D.U. Dunque, prosegue la Corte, deve escludersi che il concedente possa subire una diminuzione patrimoniale, quale quella derivante dalla applicazione della confisca, in assenza di una previsione legislativa espressa.

Peraltro, sottolineano le Sezioni Unite, occorre analizzare anche l'altro presupposto richiesto dall'art. 186, comma 2, lett. c), C.d.S. perché sia ammessa la confisca del veicolo, ovvero la estraneità al reato. Al riguardo, i giudici di legittimità individuano alcuni requisiti essenziali*: in primis*, occorre che vi sia la buona fede, intesa quale mancanza di qualsivoglia tipo di partecipazione, materiale o morale, diretta o indiretta, con il fatto di reato; in secondo luogo, il soggetto non deve aver tratto in alcun modo e consapevolmente un vantaggio o una utilità dall'illecito perpetrato; infine, è necessario che non si possa ricondurre allo stesso un comportamento colposo, ossia una condotta negligente che abbia potuto favorire la commissione dell'illecito penale. Da ciò consegue che, ai fini della irrogazione della confisca, è necessario che ricorra un legame di natura intellettuale che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta del soggetto agente. Ora, afferma la Suprema Corte, non può negarsi che il concedente sia estraneo al reato realizzato dal locatario in quanto, sebbene proprietario, è privo di qualsiasi potere di impedirne la circolazione e, pertanto, a

questi non può essere mosso alcun rimprovero penale dal quale far dipendere l'applicazione della confisca[495].

3. Il rapporto tra illecito penale ed illecito amministrativo. Ne bis in idem processuale. La sentenza Grande Stevens.

L'art. 9 della legge n. 689/1981 regola il rapporto tra una norma che commina una sanzione penale ed un'altra che dispone una misura di carattere amministrativo sulla base del principio di specialità in astratto: qualora si concluda per la prevalenza di una delle due norme perché ritenuta speciale rispetto all'altra, il concorso reale è escluso.

Tuttavia, perché possa farsi applicazione della disciplina dettata dall'art. 9 in esame, occorre verificare a monte la "reale" natura della sanzione, non essendo sufficiente – come si è visto – la qualifica data dall'ordinamento interno, dovendo farsi applicazione dei criteri Engel elaborati dalla Corte EDU. Pertanto, nella ipotesi in cui la misura prevista come amministrativa dal sistema nazionale debba essere qualificata come penale secondo i dettami dei giudici di Strasburgo,

[495] La dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate in merito alla natura sostanziale di altre tipologie di confische. In relazione alla questione di costituzionalità degli artt. 200, 322 ter c.p., 321 co. 2 c.p.p. nonché dell'art. 1, co. 143, L. 24 dicembre 2007, n. 244, nella parte in cui prevedono la confisca obbligatoria e, correlativamente, il sequestro preventivo, per un valore corrispondente a quello del profitto, per i reati tributari commessi anteriormente all'entrata in vigore della L. 244/2007, la Corte Costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione per erroneità del presupposto interpretativo, rilevando che l'estensione della confisca per equivalente ai reati tributari non opera retroattivamente, poiché le caratteristiche di tale misura (la mancanza di pericolosità dei beni che ne costituiscono oggetto, nonché l'assenza di un rapporto di pertinenzialità, inteso come nesso diretto, attuale e strumentale tra il reato e i beni) manifestano "una connotazione prevalentemente afflittiva" e, dunque "una natura eminentemente sanzionatoria" della stessa, la cui applicazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge violerebbe sia l'art. 25 co. 2 Cost. sia l'art. 7 CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo. C. Cost., 20 novembre 2009, n. 301, in www.cortecostituzionale.it; Corte Cost., 2 aprile 2009, n. 97, in Giur. Cost., 2009, p. 894 ss. Cass., Sez. III, 11 dicembre 2009, n. 47281, si è occupata della natura dell'ordine di demolizione delle opere abusive emesso dal giudice penale ai sensi dell'art. 31, ult. Co., d.P.R. 6 giugno 2011, n. 380, concludendo nel senso che tale demolizione, anche alla luce dei principi enunciati dalla Corte di Strasburgo, ha natura di sanzione amministrativa reale poiché non ha carattere punitivo (come la confisca ex art. 44, co. 2, T.U. edilizia che sottrae la proprietà del terreno abusivamente lottizzato senza indennizzo alcuno), ma tende alla riparazione effettiva di un danno e non è rivolta a punire per impedire la reiterazione dell'illecito. Prevale cioè l'interesse materiale dell'ordinamento a che l'immobile abusivamente realizzato venga abbattuto, con la conseguenza che l'ordine demolitorio deve essere eseguito nei confronti di tutti i soggetti che sono in rapporto col bene, anche quando si tratti di soggetti estranei alla commissione del reato (se così nopn fosse, del resto, basterebbe una semplice alienazione per paralizzare l'operatività dell'ordine di demolizione).

dovrà negarsi l'operatività dell'art. 9, venendo in rilievo il principio del *ne bis in idem* processuale sancito dall'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU per cui un medesimo fatto-reato non può essere giudicato o punito più di una volta.

La Corte EDU[496]con la sentenza Grande Stevens si è occupata della problematica in esame con particolare riferimento alla materia degli abusi di

[496] Corte EDU, Seconda Sezione, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, ric. n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010, con nota di A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 marzo 2014. Corte EDU 4 marzo 2014 Grande Stevens e altri c. Italia si è occupata del sistema legislativo italiano in materia di abusi di mercato, così come disciplinato dall'art. 185 (quanto alla fattispecie penale) e dall'art. 187 ter (sul piano dell'illecito amministrativo) TUF, ritenendo che esso collide tra l'altro con il diritto a non essere giudicati o puniti due volte per lo stesso fatto ai sensi dell'art. 4 del protocollo 7. Nel caso esaminato, i ricorrenti, dopo essere stati sanzionati con illecito amministrativo dalla CONSOB, erano stati rinviati a giudizio con procedimento penale e successivamente assolti in primo grado e condannati in appello. Nello specifico, la vicenda ha inizio nel febbraio del 2006, quando la CONSOB contestava alle società IFIL Investment (poi Exor s.p.a.), alla Giovanni Agnelli s.a.p.a. e al loro presidente Gianluigi Gabetti, a Virgilio Marrone, nella sua qualità di procuratore della seconda società, all'Avv. Franzo Grande Stevens, l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato di cui all'art. 187-ter d.lgs. 58/1998 (t.u.f.) e il corrispondente illecito amministrativo in capo all'ente ex art. 187-quinquies, per avere concorso a vario titolo nella diffusione nel mercato, nell'agosto 2005, di un comunicato stampa dal contenuto non veritiero. Il procedimento davanti alla Consob si è concluso con il positivo riscontro della violazione di cui all'art. 183 ter t.u.f. e con la conseguente applicazione delle sanzioni amministrative nei confronti tanto delle persone fisiche, quanto degli enti. Tutti gli interessati avevano proposto opposizione davanti la Corte d'Appello di Torino avverso il provvedimento sanzionatorio della CONSOB. La Corte aveva ridotto alcune sanzioni anche in misura significativa; tuttavia, ciò non aveva posto fine al procedimento, proseguito poi dinnanzi alla Corte di Cassazione che però aveva rigettato tutti i ricorsi, sicché le sanzioni irrogate dalla CONSOB e modificate dal giudice d'appello erano divenute definitive (giugno 2009). Parallelamente nel 2008 i signori Gabetti, Marrone, e Grande Stevens e le due società venivano rinviati a giudizio innanzi al Tribunale di Torino con l'accusa di aver commesso il delitto il delitto di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 t.u.f., per avere diffuso il 23 agosto 2005 il comunicato stampa già ritenuto falso dalla CONSOB, creando così un pericolo di sensibile alterazione dei prezzi delle azioni FIAT.Dopo il deposito della sentenza della Cassazione che concludeva la vicenda iniziata davanti la CONSOB, gli imputati chiedevano, in prima battuta, che venisse pronunciata sentenza di non doversi procedere in forza del principio ne bis in idem; e in un secondo momento che venisse sollevata questione di legittimità costituzionale delle disposizioni pertinenti del t.u.f. e dell'art. 649 c.p.p.[496], nella parte in cui tali disposizioni consentono la prosecuzione di un processo penale per i medesimi fatti già sanzionati in via definitiva dall'autorità amministrativa, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU. Il Tribunale evidenziava la diversità tra l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter e il delitto di cui all'art. 185 t.u.f.: il primo sarebbe strutturato secondo lo schema del pericolo astratto e punibile anche a mero titolo di colpa, mentre il secondo sarebbe concepito quale reato di pericolo concreto e punibile solo a titolo di dolo; inoltre ricordava come la coesistenza di sanzioni penali e amministrative per fatti di manipolazione del mercato sia prevista ed imposta dal diritto comunitario, e segnatamente dalla direttiva 2003/6/CE. Tuttavia, il processo si concludeva a favore degli gli imputati, che venivano assolti dai fatti loro ascritti perché non era stato provato che la loro condotta avesse provocato alcuna alterazione significativa dei prezzi degli strumenti finanziari. Contro la decisione di merito il pubblico ministero ricorreva, per saltum, alla Corte di Cassazione la quale cassava in parte la sentenza[496] e rinviava al giudice di merito per la prosecuzione del processo. Tale fase processuale si concludeva con una pronuncia che ribaltava la sentenza di primo grado,

mercato[497]. Nel dettaglio, la disciplina italiana nella suddetta materia è strutturata su un doppio e parallelo binario sanzionatorio, penale-amministrativo, secondo quanto disposto dagli artt. 180 ss. d.lgs. n. 58 del 1998[498] che, per l'appunto, prevedono tanto sanzioni penali, quanto sanzioni amministrative, queste ultime articolate in pecuniarie ed interdittive.

Con la decisione in esame[499] la Corte di Strasburgo ha denunciato tale sistema, in quanto incompatibile con la Convenzione e i suoi protocolli, in

---

condannando gli imputati, in quanto la diffusione del comunicato contenente informazioni falsate avrebbe prodotto effetti sul prezzo delle azioni FIAT, respingendo l'eccezione relativa al ne bis in idem, concordando sul punto con quanto affermato dal giudice di primo grado che aveva ritenuto manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale[496]. Anche contro tale sentenza gli imputati proponevano ricorso chiedendo, inoltre, che venisse sollevata la questione di legittimità. Sulla questione anche la Cassazione concludeva per l'infondatezza; tuttavia, rispetto alle imputazioni dichiarava estinto il reato per intervenuta prescrizione. Mentre pendeva la causa davanti al Tribunale di Torino gli imputati fanno ricorso alla Corte di Strasburgo lamentando, nell'ambito del processo svoltosi innanzi alla CONSOB e nella successiva fase davanti alla Corte d'Appello, la violazione di alcuni dei parametri fissati dall'art. 6 CEDU, inerente all'equo processo, e tra le altre cose, la violazione del diritto di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU, avente ad oggetto il diritto a non subire un secondo processo per gli stessi fatti, essendo intervenuta sugli stessi sentenza irrevocabile nel 2009.

[497] La corretta allocazione delle risorse costituisce un bene da tutelare non soltanto nell'ottica pubblicistica (bilancio della UE) bensì anche nell'ottica privatistica e del mercato. L' Unione, per il mantenimento del mercato comune e di una economia di libero mercato, deve garantire il corretto funzionamento del mercato dei capitali: deve cioè far sì che le risorse degli investitori e dei risparmiatori[497], siano allocate in base alle regole del mercato (art. 26 TFUE) e non siano viziate dall'esterno attraverso asimmetrie informative (TIEDEMANN K., *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., 1998, p.19 ss.). Da ciò discendono tutte quelle direttive volte ad armonizzare la disciplina penale in tema di *insider trading* e *market abuse*. Sui rapporti tra trasparenza e risparmio nell'ambito della tutela penale, v. SGUBBI F., *Il risparmio come oggetto di tutela*, in *Foro it.* 2002, V, p. 136 ss.; SEMINARA S., Insider trading *e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1989; SEMINARA S., *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione di mercato*, in *Dir. Proc. Pen.*, 2006, p. 14 ss.; PALIERO C.E., Market abuse *e legislazione penale: un connubio tormentato*, in C*orr. Merito*, 2005, p. 809 ss.; MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto o illecito amministrativo*, in *D.P.P.*, 2006, p. 137 ss.; MANNA A., *Tutela penale del risparmio e novità in tema di* insider trading *e manipolazione del mercato a seguito della legge comunitaria del 2004*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2005, p. 659 ss.; LUNGHINI G., *La manipolazione del mercato*, in *D.P.P.*, 2005, p.1474 ss.; MAGRO M.B., *Le manipolazioni del mercato tra illecito penale ed illecito amministrativo*, in *Cass. Pen*. 2007, p. 56 ss.; PREZIOSI, *La manipolazione del mercato nella cornice dell'ordinamento comunitario e del diritto penale italiano*, Bari, 2008, *passim*.

[498] Si tratta del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (TUF), modificato dalla legge n. 62/2005. La scelta legislativa era stata già ampiamente criticata in dottrina, a riguardo si vedano, *ex plurimis*, A. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per Federico Stella*, II, Napoli, 2007, 930 ss.; L. FOFFANI, *Art. 180-185 d.lgs. n. 58/1998*, in F. PALAZZO-E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., 2007, p. 713 ss.; M. MIEDICO, *Illecito penale o illecito amministrativo,* in *Le società*, 2007, p. 623 ss.; C.E. PALIERO, *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, in AA.VV., *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, Milano, 2010, p. 61 ss.; M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare?*, in *Riv. il. dir. proc. pen*., 2006, p. 704 ss.

[499] La pronuncia della Corte si rivela particolarmente interessante in quanto mette in discussione la conformità all'articolo su indicato non solo delle norme disciplinanti la materia

particolare con l'art. 4, protocollo 7, CEDU[500]. I giudici europei, invero, hanno rilevato la medesimezza dei fatti contestati agli imputati nel procedimento penale e di quelli rispetto ai quali si era già formata la sentenza passata in giudicato relativa all'illecito formalmente amministrativo; inoltre, la Corte EDU ha qualificato le sanzioni, pecuniarie e interdittive, comminate per l'illecito di cui all'art. *187-ter* t.u.f. come sanzioni "sostanzialmente penali", considerando come afferente alla "materia penale" il complessivo procedimento (svoltosi prima davanti alla CONSOB e poi dinnanzi ai giudici della Corte d'Appello) volto all'accertamento dell'illecito e alla irrogazione delle suddette sanzioni. Da ciò, secondo la Corte EDU, consegue l'estensione delle garanzie della Convenzione, tanto di quelle previste all'art. 6 CEDU, quanto di quelle relative al *ne bis in idem* di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU.

Nel concludere in questo senso, la Corte – rispetto ai tre criteri originari enunciati in *Engel* (qualificazione giuridica della sanzione nell'ordinamento nazionale, natura dell'illecito e natura e grado di severità della sanzione) – ha valorizzato in particolare l'ultimo requisito, in forza non solo dell'obiettiva gravità delle sanzioni amministrative pecuniarie e interdittive in concreto irrogate, ma anche e soprattutto di quelle astrattamente comminate dal t.u.f. Simili livelli sanzionatori evidenziano, secondo la Corte, la natura schiettamente repressivo punitiva dell'apparato sanzionatorio, con un'evidente

---

degli abusi di mercato quanto la compatibilità con il sistema convenzionale della tecnica del doppio binario di tutela (previsto per esempio in ambito penale tributario), ulteriori profili di interesse sono rappresentati *in primis* dall'effetto che la pronuncia avrà sui procedimenti pendenti e futuri, *in secundis* dall'individuazione della strada da percorrere per evitare future violazioni dello stesso tipo.

[500] Bisogna ricordare che il principio del ne bis in idem non è sancito solo nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quanto trova accoglimento anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'articolo 50, sicché il principio ha assunto, oramai, le sembianze di un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, dispiegando i suoi effetti in tutto territorio degli Stati membri, e concorre a garantire la costruzione di un processo equo. Tale principio, applicabile ogni qual volta si sia formato un giudicato su un medesimo fatto, commesso dalla stessa persona è un fondamentale presidio di garanzia, dunque, che tende a superare, nella logica espansiva propria dei diritti fondamentali, i confini territoriali assegnati al medesimo principio nel sistema CEDU, che ne circoscrive la rilevanza, ex art. 4, Prot. 7, ai soli procedimenti penali ricadenti nella giurisdizione territoriale di uno Stato parte. Per approfondimenti si rinvia A. IERMANO, *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato* ex *art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Spazio europeo e diritti di giustizia*, A. DI STASI (a cura di), Cedam, Padova, 2014, 30 ss. Nell'orizzonte europeo vi è anche un'ulteriore disposizione dedicata al principio. Si tratta dell'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen.

funzione dissuasiva che è, per l'appunto, tipica delle sanzioni sostanzialmente penali, indipendentemente dalla loro qualificazione dall'ordinamento nazionale[501].

A seguito della pronuncia europea, la dottrina si è interrogata in merito agli effetti della stessa non tanto in relazione al caso oggetto di decisione[502], quanto piuttosto con riferimento ai casi identici a quello deciso dalla Corte, nei quali sia in corso un processo penale per i medesimi fatti già sanzionati dalla CONSOB, con provvedimento definitivo o meno. Sul punto, come verrà ampiamente illustrato nel prosieguo della presente trattazione, la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale – intervenute in merito ai c.d. "fratelli minori di Scoppola" – hanno all'unisono riconosciuto che gli obblighi discendenti dalle sentenze della Corte europea hanno una portata che trascende lo specifico caso concreto deciso, vincolando lo Stato e i suoi organi giurisdizionali ad assicurare la medesima tutela a tutti coloro che si trovano in una situazione identica.

Perché possa essere fatta valere la violazione dell'art. 4, è necessario che sia intervenuta una sentenza irrevocabile[503]. Occorre allora domandarsi sulla base di quale disposizione nazionale sia possibile determinare la chiusura anticipata del processo penale una volta intervenuta sentenza definitiva in quello amministrativo, posto che l'art. 649 c.p.p. si riferisce soltanto all'ipotesi in cui sia instaurato un secondo processo penale nonostante l'esistenza di un precedente

[501] Si veda F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e* ne bis idem*: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della carta?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 25. La Corte EDU è giunta a tale conclusione facendo leva sulla natura delle sanzioni solo nominalmente amministrative inflitte ai ricorrenti, talché, nonostante la dichiarata qualificazione amministrativa del procedimento innanzi alla CONSOB, esse sono da considerarsi, a tutti gli effetti, come sanzioni penali, principalmente e in ragione della rilevante severità delle stesse sia per l'importo in astratto comminabile che per quello comminato in concreto, per le sanzioni accessorie collegate e in ragione delle loro ripercussioni complessive sugli interessi del condannato. Si evidenzia, poi, lo scopo chiaramente repressivo e preventivo della disciplina sanzionatoria amministrativa. Infine, si tratta di sanzioni inflitte in funzione della gravità della condotta ascritta e non del danno provocato agli investitori.

[502] Invero, la dichiarazione da parte della Cassazione della avvenuta prescrizione del reato sdrammatizza in larga misura il problema in quanto, pur in maniera indiretta, con la sentenza dichiarativa della prescrizione lo Stato italiano ha comunque posto fine al processo penale, instaurato in violazione del principio del *ne bis in idem* e di conseguenza adempiuto alla prescrizione della Corte rispetto quel procedimento.

[503] L'assenza di una sentenza definitiva ha indotto di un GIP del Tribunale di Milano con una recente ordinanza, a rigettare l'eccezione del ne bis in idem, sottoposta da imputati per il delitto di manipolazione del mercato *ex* art. 185 t.u.L, in pendenza del giudizio in Cassazione contro la sentenza della Corte d'appello che, a sua volta, aveva rigettato l'opposizione contro la delibera CONSOB di irrogazione delle sanzioni per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187 -ter t.u.f.

provvedimento irrevocabile del giudice penale. Nella lettera dell'art. 649, dunque, non rientra l'ipotesi, diversa, della preesistenza di un provvedimento, sì definitivo, ma formalmente amministrativo, sebbene sostanzialmente penale.

Diverse soluzioni sono state proposte. In primo luogo, vi è chi ritiene percorribile la strada dell'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649[504] c.p.p., tale da estendere la sua portata anche all'ipotesi in esame, anche perché la portata del principio del *ne bis in idem* sarebbe tale da autorizzare anche interpretazioni analogiche della disposizione codicistica[505]. Qualora questa via dovesse risultare impraticabile, secondo i fautori della tesi in commento resterebbe salva la possibilità di sollevare una questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'ipotesi in discorso, questione di legittimità sicuramente non manifestamente infondata, salvo che la Corte Costituzionale ritenga di dover far prevalere altri principi costituzionalmente tutelati in sede di bilanciamento[506].

Secondo altra corrente di pensiero, vi sarebbe la possibilità di ritenere preminente il rispetto degli obblighi imposti dal diritto eurounitario, atteso che la direttiva 2003/6/CE impone il sistema del doppio binario sanzionatorio. Tale impostazione, tuttavia, non appare condivisibile perché gli «Stati parte della Convenzione restano vincolati al rispetto degli obblighi che dalla stessa

[504] Tale strada è suggerita da G. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della corte edu, 4 marzo 2014*, *sul market abuse*, in *www.rivistaaic.it*, § 7.

[505] Peraltro, il ricorso all'analogia sembrerebbe avallato dalla Corte di Cassazione. La corte nella sentenza Donati ha riletto l'art. 649 c.p.p. attribuendogli un significato che va senz'altro oltre il suo senso letterale, stabilendo che non possa essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo sia semplicemente pendente (anche se in fase o grado diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del p.m., di conseguenza nel procedimento eventualmente duplicato dev'essere disposta l'archiviazione oppure, se l'azione sia stata esercitata, dev'essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità (Cass., sez. un. pen., 28 giugno 2005, n. 34655).

[506] Tuttavia nel bilanciamento tra principio del ne bis in idem e principi tutelati, ad esempio, dalla normativa sugli abusi di mercato, VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della carta?*, cit., p. 228 ritiene debba prevalere il primo, ma sul punto vi sono buone ragioni per dubitare che tutti, i giudici *in primis*, la pensino così. Così la terza sezione penale della Cassazione nell'ordinanza relativa alla confisca di terreni abusivamente lottizzati (Cass., sez. III pen., ord. n. 20636 del 2014), il giudice a quo suggerisce alla Consulta di opporre una preclusione alle istanze di tutela di diritti fondamentali inerenti in senso lato al "giusto processo" in nome dell'effettività della tutela di una serie di controinteressi costituzionalmente rilevanti, protetti dalla nonna penale.

discendono anche quando danno attuazione al diritto comunitario»[507]; in secondo luogo, tutti gli atti normativi dell'Unione devono rispettare i diritti della Convenzione ed i suoi protocolli in quanto costituiscono principi generali del diritto UE (art. 6 TUE) ed un eventuale contrasto con gli stessi determinerebbe l'effetto di inficiare l'atto normativa europeo, tale da renderlo annullabile dalla Corte di Giustizia. Tuttavia la direttiva in questione, all'art. 14, lungi dal vincolare lo Stato membro a prevedere sanzioni penali, fa salvo, al contrario, il diritto dello Stato di disporre sanzioni penali, imponendo unicamente che le sanzioni amministrative previste dalla stessa siano «efficaci, proporzionate e dissuasive»[508].

Peraltro, anche nella prospettiva dell'ordinamento dell'Unione Europea non mancano casi in cui è stato messo in discussione il sistema del doppio binario sanzionatorio. Ci si riferisce, nello specifico, alle conclusioni a cui è giunta la Corte di Giustizia nella recente sentenza Fransonn[509]: preliminarmente la Corte rimarca la possibilità di ricorrere al doppio binario, in quanto l'art. 50 della Carta di Nizza non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali, al fine di assicurare la riscossione delle entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione europea. Ciononostante, «qualora la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi

[507] Corte EDU, grande camera, sentenza 30 giugno 2005, Bosphorus e. Irlanda.

[508] La Corte di Giustizia lo ha ribadito nella recente sentenza 23 dicembre 2009, C-45/08, Spector Photo Group, §§ 74-77. Tale pronuncia é richiamata anche dalla Corte EDU nella sentenza analizzata per sottolineare appunto l'insussistenza dell'obbligo di percorrere la via del doppio binario sanzionatorio, di contro a quanto sostenuto invece dallo Stato, il quale nelle sue difesa aveva affermato che la previsione delle sanzioni penali derivasse proprio dalla direttiva.

[509] Corte Giust. UE, 26 febbraio 2013 Aklagaren c. Hans Akenberg Franssonn C-617/10: una combinazione di sanzioni amministrative e penali per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA è sì astrattamente compatibile con il principio *ne bis in idem* processuale, salvo che la sanzione amministrativa non debba essere in concreto ritenuta di natura penale all'esito di una valutazione rimessa al giudice nazionale. In dottrina, cfr. R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Aklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in *www.diritticomparati.it*, 6 marzo 2013; D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del* ne bis in idem *interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2013; N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Akerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2013, pp. 907 ss. Sulla sentenza, in una prospettiva diversa, si veda il commento di S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale* "à la carte"? *Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo*.

dell'articolo 50 della Carta, e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona».

Ai fini della valutazione della natura penale delle sanzioni tributarie, sono rilevanti tre criteri: la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, la natura dell'illecito e, infine, la natura e il grado di severità della sanzione, spettando al giudice il compito di verificare la "natura penale" della sanzione. Su quest'ultimo punto le differenze con il sistema CEDU sono evidenti, in quanto non spetta in nessun caso al giudice nazionale il compito di valutare la natura penale della sanzione, poiché é la sola Corte EDU a poter accertare la reale sostanza dell'infrazione, così, di fatto, estromettendo il giudice nazionale dall'esercizio di ogni potere qualificatorio[3°9]. A parte questa differenza si può di certo concludere ritenendo che il diritto dell'Unione europea non può costituire senz'altro un controlimite invocabile eventualmente dalla Corte Costituzionale[510].

Si vuole qui riprendere l'interessante tesi circa la non necessità del ricorso alla Corte Costituzionale al fine di assicurare l'adeguamento del diritto processuale italiano al principio ora statuito a Strasburgo, stante l'equivalenza tra l'art. 4 Prot. 7 CEDU e l'art. 50 CDFUE. Entrambi sanciscono, come si sa, il principio del *ne bis in idem,* tuttavia rispetto all'ordinamento interno i principi sanciti dalle due carte non hanno la stessa efficacia, in quanto solo il secondo, essendo norma di diritto primario dell'Unione (art. 6, par. 3, TUE) è pertanto idonea a produrre un effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri, con carattere di primazia rispetto ad eventuali norme nazionali contrastanti. All'interprete si apre così una seconda possibile strada per adeguare il vigente diritto processuale all'obbligo sovranazionale sancito nella sentenza Grande Stevens e consentire al giudice penale di pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a

[510] V. anche Corte EDU 20 maggio 2014, Nykanen c. Finlandia, la quale ha ritenuto in ambito tributario la natura penale della sovrattassa imposta in via amministrativa dall'ordinamento finlandese, dando rilievo al fatto che la sovrattassa non costituisce un semplice risarcimento danni, bensì una vera e propria sanzione penale con finalità sia preventive che repressive. Ha così concluso che i procedimenti che comportano l'imposizione di una sovrattassa devono essere considerati "penali" anche ai fini della applicazione del principio di cui all'art. 4 protocollo n. 7 e che la celebrazione di due procedimenti paralleli è incompatibile con tale principio.

procedere direttamente sulla base dell'art. 50 della Carta di Nizza, senza alcun previo coinvolgimento della Corte Costituzionale.

Si ricorda che i diritti riconosciuti nella Carta sono vincolati tanto per le istituzioni quanto per gli Stati membri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e non possono essere invocati al di fuori di tale ambito, per cui per ritenere percorribile la via appena indicata è necessario verificare che la materia degli abusi di mercato rientri nell'ambito applicativo del diritto dell'UE. Sul punto non sembrano poterci essere dubbi, vista la direttiva 2003/6/CE[511], per cui in materia trovano piena applicazione i diritti sanciti dalla Carta, e di conseguenza «il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali nonne, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»[512]: per tal via potrà essere garantita piena efficacia al principio di cui all'art. 50 Carta di Nizza, e indirettamente all'art. 4 Prot. 7 CEDU[513], e il giudice dovrà pronunciare in diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE, una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere.

In conclusione, occorre precisare che con comunicato dell'8 marzo 2016 ha reso noto che la Corte Costituzionale si è pronunciata su tre questioni di legittimità costituzionale inerenti alla violazione del principio del ne bis in idem , come interpretato dalla Corte di Strasburgo, nelle materie dell'abuso di mercato e dell'omesso versamento dell'IVA. La Consulta ha concluso per la inammissibilità di due delle questioni proposte e ha restituito gli atti al giudice rimettente per la terza, per sopravvenute modifiche legislative.

[511] Ora sostituita dalla direttiva 2014/57/UE (che disciplina precisamente l'uso del diritto penale da parte degli Stati membri per contrastare tali fenomeni criminosi) e dal regolamento n. 596/2014.

[512] Cosi Corte di Giustizia, sentenza 26 febbraio 2013, C-617/10, Aklagaren c. Hans Àkerberg Fransson (§ 45).

[513] Questa via d'uscita è suggerita da F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della carta?*, cit., pp. 232 e ss. All'Autore si rinvia per ulteriori approfondimenti sul punto.

4. I valori della accessibilità e della prevedibilità quali condizioni essenziali ai fini del rispetto del principio di legalità.

Se, in applicazione dei criteri Engel, si giunge alla conclusione che si è in presenza di una pena come concepita dall'art. 7 CEDU, si pone il successivo ed ulteriore problema di verificare il rispetto, da parte della normativa che la prevede, del principio di legalità sancito nella medesima disposizione della Convenzione, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Sul punto, i giudici europei sono concordi nel ritenere che le norme di diritto interno che introducono una pena debbano essere accessibili e prevedibili.

Ai fini del rispetto del requisito della accessibilità, è necessario che le norme penali siano state pubblicate e raccolte in modo tale da consentire ai destinatari di conoscerne l'esistenza. Quanto alla prevedbilità, invece, essa opera in due momenti diversi: quello formativo della norma e quello interpretativo della medesima. Con riferimento al primo momento, la legge deve essere enunciata con una precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta, il quale deve essere messo in grado di prevedere con ragionevole approssimazione, in relazione alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un derminato comportamento.

Tale requisito è meglio conosciuto nell'ordinamento nazionale sotto le vesti del principio di derminatezza che impone al legislatore penale di formulare con chiarezza e precisioni estreme le fattispecie di reato, nonché le pene a cui deve essere assoggettato il reo, affinché questi possa agevolmente desumere ciò che è penalmente lecito e ciò che non lo è, assicurando così la conoscibilità della norma penale in ossequio al principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost.[514] La derminatezza viene vagliata alla stregua dei seguenti parametri: il contenuto

[514] Nell'ordinamento italiano il principio di determinatezza si identifica con l'esigenza di porre al riparo il cittadino dagli arbitri del potere giurisdizionale nell'interpretazione della legge, in quanto più i contorni della fattispecie penale risultano definiti dal legislatore, meno spazio residuerà alla discrezionalità, o all'arbitrio, dell'interprete. L'attività interpretativa, in virtù del principio di cui si tratta deve essere contenuta nell'ambito dei contorni della norma penale, come descritta dal legislatore, non potendo andare oltre suoi i margini (a meno di non voler incorrere nell'analogia, in malam partem, vietata), ugualmente nel momento della determinazione della pena il giudice sarà vincolato a mantenersi nel perimetro della cornice edittale prevista.

della dispozione, l'ambito che essa ricopre nel contesto legislativo in cui si inserisce, il numero e la qualità dei suoi destinatari in riferimento all'ambito in cui è destinata ad operare.

Per quanto attiene al secondo momento, è necessario che con una interpretazione ragionevole possa risultare prevedibile l'ambito applicativo della norma (a tal fine, si parla di ragionevole prevedibilità dell'esito giudiziario), nel senso che il destinatario della regola penale non deve essere messo nelle condizioni di conoscere unicamente il precetto penale, ma anche – e soprattutto – l'interpretazione che di quella regola viene data dai giudici. Per questa via il problema si sposta dalla correttezza della tecnica legislativa alla stabilizzazione della giurisprudenza, in quanto solo così si può assicurare la suddetta prevedibilità dell'esito giudiziario. Del resto, è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte del diritto, contribuisce necessariamente alla evoluzione progressiva del diritto penale[515].

Basti pensare che, nella giurisprudenza della Corte europea "legge" non è tanto l'atto scritto che risulta da particolari procedimenti di produzione, vale a dire la legge come la si intende nel nostro ordinamento, quanto piuttosto il diritto nella sua ampia accezione, ricomprendente il diritto scritto e non, il diritto di origine legislativa e quello di creazione giurisprudenziale, non rilevando neppure la qualificazione formale fornita dall'ordinamento nazionale. Assume, invece, importanza decisiva nell'identificazione della "legge penale" la ragionevole conoscibilità della disposizione e la ragionevole prevedibilità

[515] La sensazione è quella di un definitivo superamento dell'impostazione illuminista che voleva il giudice notaio della legge, "macchina per sillogismi", come scriveva Cesare Beccaria, o esecutore della legge, «dunque si proibisca al giudice l'interpretar la legge; dunque si ,iduca ad esser mero esecutore della legge, dunque eseguisca la legge nel puro e stretto significato delle parole, e nella materiale disposizione della lettera», così scriveva un altro grande illuminista italiano, P. VERRI, *Sulla interpretazione delle leggi*, n. 28, II, della rivista Il Caffè, in ID., *Opere varie*, N. VALERI (a cura di), Firenze, 1947, p. 209. In dottrina v. M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. contemp.*, n. 1/2013, p. 159 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Le Corti supreme nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3114 ss.

dell'applicazione della norma che ne verrà fatta[516], così come sopra meglio chiarito.

Le nozioni europee di "materia penale" e di "legge penale", perlatro, hanno consentito alla Corte di Strasburgo di sorvolare, nell'applicazione della norma convenzionale di cui all'art. 7, sulle divergenze fra gli ordinamenti statali, ed in particolare sulle differenze strutturali degli ordinamenti di *common law* e di *civil law*, posto che il riferimento alla sola legge di origine parlamentare avrebbe limitato la tutela derivante dalla Convenzione rispetto agli ordinamenti di *common law*[517].

4.1. Il tentativo di rapina impropria.

Di recente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione[518] sono intervenute al fine di chiarire definitivamente se sia o meno configurabile nel nostro ordinamento il tentativo di rapina[519] impropria[520]. Al riguardo, occorre subito

[516] Per tutti, V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, Studi e materiali di diritto penale, 2009, n. 1, p. 57 ss.

[517] Corte EDU 22 gennaio 2013, Camilleri c. Malta, precisa che è necessario che il quantum di pena sia prevedibile e ciò in ossequio alla legalità della pena *ex* art. 7 CEDU. Va pertanto censurata una norma che non consenta al soggetto agente, al momento della commissione del reato, di conoscere la reale ampiezza della cornice edittale all'interno della quale verrà determinata la pena (nel caso di specie, la norma del diritto maltese, consentendo al Pubblico Ministero di richiedere alternativamente il rinvio a giudizio di fronte alla Criminal Court ovvero di fronte alla Court of Magistrates, attribuiva di fatto all'accusa un potere discrezionale in grado di determinare lo stesso quadro edittale applicabile in caso di condanna).

[518] Cass., Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 34952.

[519] Il delitto di cui all'art. 628 c.p. è un reato plurioffensivo essendo tutelato non soltanto l'interesse patrimoniale, che comunque lo caratterizza comportandone la odierna collocazione sistematica, ma anche la sicurezza e la libertà individuale della vittima. La condotta tipizzata è costituita dalla stessa azione di sottrazione e impossessamento tipiche del furto, cui si aggiunge l'elemento della violenza alla persona o della minaccia, strumentali all'aggressione del possesso. Da qui la natura complessa del reato, derivante dalla commistione tra i reati di furto e violenza privata. Al primo comma della dispizione in esame è disciplinato il reato di rapina improrpia. In esso concorrono tutti gli elementi del furto, con l'aggiunta dell'estremo della violenza, fisica o psichica, alla persona, usata per vincere l'opposizione del detentore e impossessarsi della cosa mobile. Quanto alla vioenza, essa consiste nella estrinsecaione di una energia che si risolve o in un pregiudizio fisico per chi la subisce limitandone la capacità di decisione autonoma, oppure in comportamenti che, se non attentano alla incolumità corporea, privano tuttavia la vittima della possibilità di azione e di indirizzo della condotta esterna. Esso ricomprende, infatti, qualsiasi atto o fatto posto in essere dall'agente che si risolva comunque nella coartazione della libertà fisica o psichica del soggetto passivo che viene così indotto, contro la sua volontà, a fare, tollerare o omettere qualche cosa indipendentemente dall'esercizio su di lui di un vero e proprio costringimento fisico. La minaccia consiste, invece, nella seria prospettazione di un male ingiusto

fare una precisazione. Con riferimento alla fattispecie criminosa di cui all'art. 628, co. 2, c.p., è pacificamente ammessa l'integrazione del delitto tentato allorquando il soggetto agente abbia sottratto la cosa altrui e subito dopo abbia tentato di percuotere la vittima del delitto per assicurarsi il possesso del bene ma, ad esempio, sia stato fermato dalla polizia o da terzi. Al contrario, era sorto un acceso dibattito in relazione alla ipotesi in cui l'agente non porti a compimento la sottrazione della cosa altrui per fatti estranei alla sua volontà e immediatamente dopo eserciti una violenza o una minaccia per assicurarsi l'impunità.

La dottrina prevalente opinava che, nella situazione controversa, fosse possibile tutt'al più ravvisare un concorso tra il reato di furto tentato e i delitti di minaccia, violenza privata o resistenza a pubblico ufficiale. Ciò in forza del tenore letterale della disposizione codicistica in esame, in base al quale nella rapina impropria la violenza e la minaccia costituiscono le condotte di cui la stessa sottrazione è il presupposto, dovendo ad essa essere successive, con la conseguenza che non possa prescindersi dalla compiuta sottrazione nemmeno nella ipotesi tentata. Peraltro, si osservava che il principio di legalità e il divieto di analogia escludono la possibilità di equiparare, nell'ambito del primo capoverso dell'art. 628 c.p. la sottrazione compiuta a quella tentata. Ragion per

---

il cui verificarsi dipende dall'autore. Il male minacciato è dato dalla lesione o messa in pericolo di beni giuridici di pertinenza del soggetto passivo o di terzi a lui legati. Anche la minaccia può rivolgersi tanto alla vittima in via diretta quanto a soggetti diversi, purché abbia la capacità di produrre, in ultima istanza, l'effetto coercitivo sul possessore del bene mobile. La coartazione deve essere pressocché assoluta, altrimenti si opera nel reato di estorsione. In giurisprudenza v. Cass. Pen., Sez. II, 11 ottobre 2012, n. 1176; Cass., Sez. II, 20 novembre 2012, n. 5663; Cass., Sez. II, 21 febbraio 2013, n. 8445.

[520] Si ha rapina impropria quando la violenza e la minaccia sono temporalmente collocate in un momento successivo alla sottrazione e servono per consolidare l'impossessamento o per procurare a sé o ad altri l'impunità. Il momento consumativo coincide con l'uso della violenza o della minaccia. Occorre analizzare cosa il legislatore intenda quando parla di violenza esercitata «immediatamente dopo la sottrazione». Al riguardo, si sono registrate due tesi in giurisprudenza. Secondo il primo orientamento, il rapporto cronologico tra sottrazione e comportamento violento deve essere inteso non in termini di contestualità, ma di immediatezza: le due condotte, pur distinte, devono potersi prospettare come una azione unitaria posta in essere al fine di impedire alla vittima di tornare in possesso del bene o di assicurare al'agente l'impunità (Cass., Sez. II, 23 maggio 2007, n. 23418). In questi termini è costante il riferimento ai concetti di flagranza o quasi flagranza. Qualora i limiti della quasi flagranza vengano superati, si configureranno due distinti reati. In base al secondo orientamento, la locuzione in esame non può estendersi fino a ricomprendere la quasi flagranza del furto di cui all'art. 382 c.p.p., pena l'allargamento eccessivo della fattispecie (Trib. Napoli, 29 ottobre 1996).

cui la prima deve essere ritenuta elemento imprescindibile del tentativo di rapina impropria.

La dottrina ricorreva poi ad un argomento di politica criminale che faceva leva sulla stessa *ratio* del regime sanzionatorio della rapina. In particolare, si evidenziava che il trattamento rigoroso di questo delitto si giustificasse sulla base del nesso eziologico tra le offese alla persona e al patrimonio (comma 1) ovvero del loro oggettivo legame di consequenzialità (comma 2, con riferimento alla locuzione «immediatamente dopo la sottrazione»), entrambi assenti nel caso in cui non sia realizzata la sottrazione. Invero, «se il reo non ricorre alla violenza o alla minaccia per portare a termine la sottrazione […] ma soltanto per assicurarsi la fuga, viene […] meno ogni rapporto obiettivo tra l'offesa alla persona e quella al patrimonio». Alla luce delle predette considerazioni, non sarebbe giuristificabile l'applicazione della pena di cui all'art. 628 c.p., di gran lunga superiore al cumulo delle pene previste per il tentativo di furto e di violenza.

La giurisprudenza prevalente, al contrario, riteneva che, data la natura di reato complesso, il tentativo fosse configurabile laddove rimangano allo stadio del tentativo entrambe le figure criminose unificate ai sensi dell'art. 84 c.p., con la conseguenza che fosse possibile parlare di tentativo di rapina impropria.

In merito alla problematica *de qua*, come sopra accennato, sono intervenute nel 2012 le Sezioni Unite della Cassazione, confermando l'orientamento prevalente della giurisprudenza secondo cui – si ripete ad abundantiam – è configurabile il tentativo di rapina impropria nel caso in cui l'agente, dopo aver compiuto atti idonei diretti in modo non equivoco alla sottrazione della cosa altrui, adoperi violenza o minaccia per procurare a sé o ad altri l'impunità.

Le Sezioni Unite sono intervenute a tale conclusione sulla base di un articolato *iter* motivazionale che involge anche il principio di legalità così come interpretato dalla Corte di Straburgo in relazione all'art. 7 CEDU. Nello specifico, i giudici di legittimità, dopo aver ribadito che il principio in parola trovi fondamento, oltre che nella carta costituzionale, anche nella predetta disposizione convenzionale e che nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo sono richiesti i requisiti della accessibilità (accessibility) della norma violata e

della prevedibilità (foreseeability) della sanzione, hanno chiarito che detti valori si riferiscono «non alla semplice astratta previsione di legge, ma alla norma "vivente" quale risulta dall'applicazione e dalla interpretazione dei giudici; pertanto, la giurisprudenza viene ad assumere un ruolo decisivo nella precisazione del contenuto e dell'ambito applicativo del precetto penale. Il dato decisivo da cui dedurre il rispetto del principio di legalità, sempre secondo la Corte EDU, è, dunque, la prevedbilità del risultato interpretativo cui perviene l'elaborazione giurisprudenziale, tenendo conto del contenuto della struttura normativa, prevedibilità che si articola nei due sotto-principi di precisione e di stretta interpretazione».

Ciò premesso, ad avviso delle Sezioni Unite, «non vi è dubbio che nel caso in esame la prevedibilità del risultato interpretativo con riferimento al "diritto vivente" è piuttosto rappresentata da una giurisprudenza, non proprio maggioritaria, ma addirittura granitica, per molti decenni, fino alla pronuncia di alcune sentenze difformi. Si discute, pertanto, della modifica di un risultato interpretativo "normalmente" prevedibile, in quanto assistito da una costante e pluridecennale giurisprudenza, e ciò può avvenire solo nel caso in cui tale risultato contrasti, in modo chiaro ed evidente, con i principi di precisione e di stretta interpretazione»[521].

[521] La Corte poi passa in rassegna gli ulteriori argomenti addotti dall'orientamento giurisprudenziale minoritario e dalla prevalente dottrina, ritenendoli parimenti infondati. Come sopra detto, alla tesi della configurabilità del tentativo di rapina impropria anche nel caso in cui non venga portata a compimento la sottrazione della cosa mobile altrui si muove, principalmente, la critica di tascurare il dato testuale del capoverso dell'art. 628 c.p. , che sarebbe chiaro nel richiedere che la violenza e la minaccia siano utiltizzate «dopo la sotrazione». Al riguardo, la Corte osserva che la formulazione della norma in esame ha una spiegazione logica ben precisa: «il legisaltore, con l'espressione "immediatamente dopo" intendeva stabilire il nesso temporale che deve intercorrere tra i segmenti dell'azione criminosa complessa, ma non anche definire le caratteristiche, consumate o tentate, di tali segmenti. In altri termini, nella formulazione della norma svolge un ruolo centrale la necessità di un colegamento logico-temporale tra le condotte di aggressione al patrimonio e di aggressione alla persona, attraverso una successione di immediatezza. È necessario e sufficiente che tra le due diverse attività concernenti il patrimonio e la persona intercorra un arco temporale tale da non interrompere il nesso di contestualità dell'azione complessiva posta in essere». A ciò si aggiunge che « lo stesso dato testuale suggerisce, ponendo in alternativa la finalità di assicurarsi il possesso e quella di procurarsi l'impunità, che quest'ultima finalità può sussistere anche senza previa sottrazione. In altri termini, la norma in esame punisce la violenza o la minaccia anche se queste vengano poste in essere per assicurarsi l'impunità, cioè esse non vengono considerate per sé sole o in un contesto distinto e separato e, pertanto, il legislatore ha voluto che fossero punite non come tali, cioè come entità giuridiche a sé stanti, ma con riferimento all'attività criminosa per la quale il reo intendeva assicurarsi l'impunità, attività la quale, pur se sintetizzata nel termine 'sottrazione',

non può non comprendere tutte le fasi in cui essa in concreto si manifesta, e quindi da quella iniziale del tentativo di impossessamento a quello finale dell'impossessamento della cosa che ne è oggetto». Inoltre, alla tesi che configura la sottrazione come un mero presupposto del reato di rapina impropria e non come parte della condotta di tale reato, le Sezioni Unite ribattono che « è ben difficile attribuire natura di mero presupposto alla sottrazione, trattandosi pur sempre di una condotta consapevole e già illecita dello stesso agente e non certo di un elemento naturale o giuridico anteriore all'azione delittuosa ed indipendente da essa ». Pertanto, l'unico presupposto della rapina, nelle sue varie forme, è la mancanza di possesso della cosa oggetto dell'azione. Ulteriore tesi a fondamento dell'orientamento minoritario fa leva sulla impostazione teorica secondo cui lo schema del delitto tentato può ritenersi riferibile al reato complesso globalmente considerato anche allorquando una parte della condotta sia giunta a perfezione e l'altro sia rimasto allo stadio del tentativo penalmente significativo, ma soltanto se la porzione della condotta compiutamente realizzata è quella che la norma richiede sia realizzata per prima, oppure qualora l'ordine cronologico di realizzazione appaia indifferente. Condizione, quest'ultima, che non si realizzerebbe nella fattispecie di rapina impropria, nella quale l'ordine dei fatti è sovvertito rispetto alla sequenza tipica. Al riguardo gli ermellini obiettano che «si ha tentativo di delitto complesso sia quando non sia stata ancora raggiunta la compiutezza né dell'una né dell'altra componente, sia quando sia stata raggiunta la consumazione dell'una e non quella dell'altra», indipendentemente dalla sequenza temporale scandita dalla norma ai fini della integrazione del reato. Pertanto, secondo le Sezioni Unite, non vi è ragione di negare la configurabilità del tentativo nel caso in cui rimanga incompiuta l'azione di sottrazione della cosa altrui. Ritenuto ammissibile il tentativo con riferimento alla fase della sottrazione, ne deriva che la successiva violenza perpetrata al fine di procurarsi l'impunità rientra nell'alveo dell'art. 628 c.p., configurando così la figura tentata di rapina impropria. Un ulteriore argomento a sostegno della predetta tesi poggia su ragioni di politica criminale. A dottrina prevalente sostiene che, venuto meno il rapporto tra l'offesa alla persona e quello al patrimonio, ossia il legame di consequenzialità che unisce le due offese, non avrebbe senso applicare il regime sanzionatorio della rapina. In altri termini, verrebbe applicata una sanzione particolarmente grave per un fatto che non è dotato di un sognificativo disvalore penale. Ad avviso della Supre Corte a Sezioni Unite, questa argomentazione è priva di fondamenta «la mancata consumazione della condotta di aggressione al patrimonio o della condotta di aggressione alla persona non fanno venir meno il legame tra le due forme di aggressione, come struttura portante del reato complesso di rapina, che persiste nelle due forme propria e impropria e che giustifica il trattamento sanzionatorio più grave. […] Se il legislatore ha ritenuto con il delitto di rapina di sanzionare in maniera ben più severa le condotte di per sé autonomamente punibili della violenza o minaccia e del furto, in ragione del nesso di contestualità che unisce le due offese, attribuendo così maggiore gravità anche al furto, appare ragionevole ritenere che tale ratio sussista anche nel caso in cui il soggetto agente tenta di sottrarre il bene altrui ed è poi disposto per assicurarsi l'impunità ad usare violenza o minaccia. Non vale l'obiezione che l'equiparazione del trattamento sanzionatorio può essere fondata su una connessione 'analoga', quale sarebbe quella che lega l'offesa al patrimonio già realizzata e l'offesa alla persona commessa per assicurarsi il possesso della cosa sottratta o per conseguire l'impunità; poiché il rapporto di 'analogia' rispetto al trattamento sanzionatorio deve essere tra termini corrispondenti e, quindi, tra tentativo di rapina impropria e tentativo di rapina propria e quest'ultimo, come dimostrano i molteplici casi giurisprudenziali (ad es. Cass., Sez. II, 20 marzo 2007, n. 18747, Di Simone, Rv. 236401; Cass., Sez. II, 10 febbraio 2005, n. 21955, Granillo, Rv. 231966; Cass., Sez. II, 01 febbraio 1994, n. 3596, Evinni, Rv. 197753), è configurabile anche nelle ipotesi in cui non siano perfezionate né l'offesa al patrimonio né quella alla persona, quando Ja condotta dell'agente sia potenzialmente idonea a produrre l'impossessamento della cosa mobile altrui, mediante violenza o minaccia, e la direzione univoca degli atti, desumibile da qualsiasi elemento di prova, renda manifesta la volontà di conseguire l'intento criminoso. Pertanto, il legame posto dal legislatore tra la condotta di aggressione al patrimonio e la condotta di violenza al fine di guadagnare l'impunità per il delitto precedentemente commesso è frutto della valutazione del maggior disvalore sociale che caratterizza l'azione violenta o minacciosa comunque connessa ad un'aggressione al patrimonio, a prescindere che l'intento si sia realizzato o meno».

La Corte europea di recente è intervenuta in merito ad una questione che per molti anni ha visto "scontrarsi" dottrina e giurisprudenza[522]. Si tratta del tanto discusso reato di concorso esterno in associazione mafiosa. I problemi legati alla riconoscibilità di questo delitto sono noti. In sintesi, il reato *de quo*, mediante la combinazione della clausola generale di cui all'art. 110 c.p. con il delitto di associazione mafiosa di cui all'art. 416 *bis* c.p., consente di estendere l'area della punibilità a condotte realizzate da soggetti esterni alla compagine criminosa.

Dal punto di vista storico, si è cominciato a parlare di concorso esterno nel reato associativo agli inizi degli anni Settanta, rispetto alle organizzazioni terroristiche di matrice politica allora operanti in Italia. Tra gli anni Ottanta e Novanta, a fronte dell'incessante espandersi del fenomeno mafioso, si è avvertita sempre più l'esigenza di cercare uno strumento utile atto a reprimere le condotte orbitanti attorno all'associazionismo illecito, sia esso terroristico o mafioso. Tale strumento è stato individuato proprio nella incriminazione per reato di concorso esterno in associazione, volto a sanzionare le condotte dei c.d. "colletti bianchi", sovente esponenti della classe dirigente. Le prime pronunce che hanno riconosciuto tale delitto si riferiscono ai reati di banda armata e di cospirazione politica mediante associazione[523].

In ambito dottrinale posso riscontrarsi tre orientamenti sul punto. Secondo una prima impostazione, occorre negare fermamente la possibilità di applicare la disciplina del concorso ai reati associativi. La seconda corrente, al contrario, ammette tale strumento, in quanto idoneo a reprimere determinate situazioni criminose legate alla contingenza mafiosa. In base ad una impostazione intermedia, in astratto sarebbe ammissibile la configurabilità del concorso

[522] Corte EDU, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, in *Dir. pen. contemp.*, 4 maggio 2015, con nota di S. CIVELLO CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*; O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. contemp*., 12 giugno 2016; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. contemp.*, 13 luglio 2015; A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *Dir. pen. contemp*., 2 ottobre 2015; F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in *Dir. pen. contemp.*, 26 aprile 2016.

[523] Tale giurisprudenza, peraltro, è stata citata dal Governo italiano nella difesa presentata innanzi alla Corte di Strasburgo, a riprova della consapevolezza, da parte della prassi applicativa, della questione fin dalla fine degli anni Sessanta

esterno, ritenendo tuttavia necessaria una delimitazione del campo di applicazione di tale strumento, al fine di comprimere la discrezionalità dei giudici nei casi concreti.

A partire dal 1994 con la sentenza resa sul caso Demitry e con l'unica eccezione della sentenza Villecco del 2001, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ammesso la configurabilità del concorso – anche materiale – dell'estraneo nell'associazione mafiosa. Di conseguenza, la giurisprudenza si è poi preoccupata di individuare i requisiti in presenza dei quali il contributo dell'*extraneus* possa ritenersi dotato di rilevanza penale. In particolare, nella sentenza Demitry i giudici di legittimità hanno distinto la figura del partecipe da quella del concorrente eventuale sulla base della contrapposizione tra le fasi di "fisiologia" dell'associazione mafiosa e quella di "fibrillazione". Secondo questa impostazione, il partecipe è quel soggetto senza il cui apporto quotidiano, o comunque assiduo, l'associazione non potrebbe raggiungere i suoi scopi, o perlomeno non potrebbe raggiungerli con la dovuta speditezza, agendo il predetto nella "fisiologia" dell'organizzazione criminosa. Il concorrente esterno, invece, è colui che non vuole fare parte dell'associazione ma al quale questa si rivolge per colmare eventuali vuoti temporanei in un determinato ruolo o soprattutto nel momento in cui versa in una fase "patologica", suscettibile di superamento mediante il contributo temporaneo di un soggetto esterno[524].

Con la sentenza Mannino del 2005, nel riprendere i principi di diritto espressi nella sentenza Carnevale del 2006, le Sezioni Unite hanno definito il partecipe «colui che, risultando inserito stabilmente ed organicamente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa, non solo è, ma "fa parte" della (meglio ancora: "prende parte" alla) stessa: locuzione questa da intendersi non in senso statico, come mera acquisizione di uno status, bensì in senso dinamico e funzionalistico, con riferimento all'effettivo ruolo in cui si è immessi e ai compiti che si è vincolati a svolgere perché l'associazione raggiunga i suoi scopi, restando a disposizione per le attività organizzate dalla medesima». È invece

[524] Riassumendo, la figura dell'*extraneus* si caratterizza per due requisiti: da un punto di vista materiale, il contributo viene fornito nei momenti di difficoltà dell'associazione; dal punto di vista soggettivo, il concorrente eventuale si disinteressa della strategia complessiva e dei fini ultimi dell'associazione, difettando in lui il dolo del partecipe.

concorrente esterno «il soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa e priva dell'*affectio societatis* (che, quindi, non ne "fa parte"), fornisce tuttavia un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo abbia un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento delle capacità organizzative dell'associazione (o, per quelle operanti su larga scala come "Cosa nostra", di un particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale) e sia comunque diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima»[525], indipendentemente dal carattere occasionale o continuativo del contributo medesimo[526].

Considerate, come visto, le problematicità legate al riconoscimento del reato di concorso esterno in associazione mafiosa nell'ordinamento nazionale, tenuto conto dell'assenza di una base legislativa esplicita in tal senso, Bruno Contrada – condannato per il delitto *de quo* dalla Corte di Appello di Palermo in data 25 febbraio 2006 – ha adito la Corte di Strasburgo per asserita violazione dell'art. 7 CEDU.

Si è già analizzata nei paragrafi precedenti siffatta disposizione convenzionale. In particolare, si è visto che l'art. 7 CEDU sancisce il principio di legalità in materia penale, richiedendo che le fattispecie incriminatrici siano accessibili ma, soprattutto, prevedibili. Ed è proprio con riguardo a quest'ultimo requisito che Bruno Contrada ha ritenuto che la sua condanna violasse la Convenzione. In altri termini, la legalità penale richiede che le disposizioni che introducono reati debbano essere determinate e che le conseguenze derivanti da una eventuale condanna siano certe. Può dirsi questo avuto riguardo al tanto discusso reato di concorso esterno in associazione mafiosa?

Di ciò si è occupata la Corte di Strasburgo con sentenza 14 aprile 2015[527], la quale ha sancito la violazione da parte dell'Italia del principio di legalità, avendo lo Stato condannato Bruno Contrada per concorso esterno in associazione mafiosa a causa di condotte commesse in un periodo antecedente rispetto alla

[525] Si badi bene: il contributo del concorrente eventuale deve essere rivolto all'associazione e non ai singoli delitti-scopo o alle persone dei singoli associati.

[526] Scompare, dunque, la pregressa distinzione tra le fasi di "fisiologia" e di "patologia" dell'associazione.

[527] Corte EDU, 14 aprile 2015, causa Contrada c. Italia, ric. n. 66655/13.

sentenza della Cassazione c.d. Demitry, riconosciuta come sentenza "pilota" su tale reato. Nello specifico, sarebbero stati violati alcuni corollari del principio di legalità e, in particolare, l'irretroattività, la sufficiente determinatezza e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie[528].

È proprio quest'ultima condizione ad essere oggetto di particolare attenzione da parte della Corte di Strasburgo, mettendo in discussione la chiarezza della legge. Invero, sebbene le prime pronunce giurisprudenziali sul punto risalgono alla fine degli anni Sessanta, queste sono state ritenute insufficienti dai giudici europei, in quanto si trattava di una giurisprudenza poco consolidata all'epoca della commissione dei fatti contestati a Contrada (1988). La Corte rimprovera i giudici italiani per non aver sufficientemente esaminato tale questione, nonostante la stessa fosse stata sollevata in ogni grado di giudizio dall'allora imputato. In definitiva, la Corte di Strasburgo ha evidenziato l'incompatibilità di tale interpretazione con il principio di legalità *ex* art. 7 CEDU sia perché non prevedibile, sia perché tale incriminazione risultava, all'epoca dei fatti, non sufficientemente determinata.

In altri termini, all'epoca dei fatti il diritto applicato risultava imprevedibile, posto che la prima pronuncia a fare chiarezza in ordine al reato di concorso esterno in associazione mafiosa, come visto, è stata la sentenza Demitry[529],

[528] Nel sistema Cedu, dunque, la prevedibilità è una nozione onnicomprensiva, che si riferisce all'assunto per il quale il reo dev'essere messo in condizione di conoscere e comprendere in maniera adeguatamente chiara le possibili conseguenze penali della propria condotta.

[529] La sentenza Demitry che ha introdotto il reato è infatti del 1994, e le accuse verso Contrada si riferiscono ad un periodo compreso tra il 1978 il 1987. Si tratta di una fattispecie criminosa – quella del concorso esterno in associazione mafiosa – la cui evoluzione interpretativa sarebbe stata il risultato di un controverso dibattito giurisprudenziale, consolidatosi solo successivamente ai fatti oggetto di contestazione e, quindi, la sua applicazione sarebbe stata, per l'imputato Contrada, assolutamente imprevedibile ed incerta. La Corte, a sostegno dell'asserita contraddittorietà della giurisprudenza all'epoca dei fatti, fa riferimento ad una serie di sentenze della Cassazione, tutte antecedenti alla sentenza Demitry. In particolare, Cass. 27 giugno 1989, Agostani, n. 8864, in *Cass. Pen.*, 1991, I, pp. 223 e ss.; Cass. 27 giugno 1994, Abbate, n. 2342, inedita; Cass., 27 giugno 1994, Clementi, n. 2348, in *Foro it.* , 1994, II, c. 560. Precisa G. MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità* ex *art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *www.penalecontemporaneo.it*: «[…] la C. Edu riserva una posizione particolare ad una pronuncia, la c.d. sentenza Cillari, ritenuta particolarmente significativa in quanto prima pronuncia della Cassazione a menzionare espressamente il reato di concorso esterno in associazione mafiosa, e –sempre nell'interpretazione della Corte di Strasburgo –particolarmente significativa in quanto abbia negato la configurabilità di tale reato. Si può asserire che quest'affermazione, sicuramente oggettivamente corretta, sia stata in un certo qual modo fraintesa dalla Corte. In effetti, la sentenza riportata è pregna di tutti quei dubbi dipendenti direttamente dalla difficoltà di inquadrare correttamente le varie condotte tipiche

qualificata dalla Corte EDU come mutamento giurisprudenziale sfavorevole di cui non si può pertanto disporre l'applicazione retroattiva, atteso che nel sistema CEDU, ai fini dell'applicazione del principio di irretroattività, la giurisprudenza è equiparata alla fonte legale[530]. La Corte ha così inequivocabilmente stabilito che vi è stata una violazione da parte dell'Italia del principio di legalità, in quanto è stato applicato retroattivamente un indirizzo giurisprudenziale sfavorevole e ritenuto imprevedibile[531].

Già prima che i giudici di Strasburgo si pronunciassero con la decisione in commento, Bruno Contrada aveva chiesto la revisione della sentenza di condanna in ragione di prove nuove o sopravvenute tali da poter ribaltare,

---

della contiguità mafiosa, esposti nel paragrafo precedente. La sentenza Cillari, dunque, si pone coerentemente nell'evoluzione giurisprudenziale italiana che porterà alla distinzione tra le condotte di partecipazione interna e di concorso esterno: la stessa si pronuncia contro la configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa, ma, ben lungi dall'affermare la liceità delle condotte di quegli imputati che, nel procedimento in questione, volevano far valere la non ammissibilità dell'istituto (che poi verranno, di fatto, condannati dalla stessa Corte a titolo di partecipazione all'associazione), si limita ad affermare che "la partecipazione 'esterna', che, ai sensi dell'art. 110 cod. pen., renderebbe responsabile -come dice il giudice di appello -«colui che abbia prestato al sodalizio un proprio ed adeguato contributo con la consapevole volontà di operare perché lo stesso realizzasse i suoi scopi», si risolve, in realtà nel fatto tipico della partecipazione". In sostanza, secondo la giurisprudenza citata, l'ammissibilità del concorso esterno viene esclusa a favore dell'applicazione della partecipazione tout court. Si pone nuovamente, dunque, il problema di determinare quid iuris rispetto alla "zona grigia" popolata da quelle condotte -che non possono essere ancora o per ciò solo ricondotte alla partecipazione tipica -di contribuzione o contiguità rispetto ai fini dell'associazione mafiosa in assenza di un'affiliazione stabile al sodalizio criminoso; problema al quale la giurisprudenza, come detto, troverà una (prima) soluzione solo nel 1994 con la sentenza Demitry. Ricordiamo inoltre come, al momento della sentenza Cillari, non fosse stata ancora delimitata, dalla giurisprudenza, la condotta di partecipazione: l'approdo al modello organizzativo della partecipazione all'associazione mafiosa si avrà solo con la già citata sentenza Graci, nel settembre del 1994».

[530] Secondo la Corte, infatti, la figura criminosa del concorso esterno in associazione mafiosa avrebbe un'origine di natura giurisprudenziale e sarebbe emersa per la prima volta nella sentenza Cillari (cfr. Cass. pen., 14 luglio 1987, n. 8092), per poi essere oggetto di interpretazioni contrastanti in successive pronunce, fino alla sentenza delle Sezioni Unite Demitry (cfr. Cass. pen., SS. UU., 5 ottobre 1994, n. 16) che ne ha sancito la definitiva configurabilità.

[531] «È fuor di dubbio che, nel compiere questa valutazione, la Corte Edu non abbia considerato specificamente il ruolo della giurisprudenza nel nostro sistema penale, oltre che la delicatezza della materia trattata e la peculiarissima realtà socio-antropologica sottesa all'incriminazione contestata». Così, G. Marino, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità* ex *art. 7 cedu: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, il quale continua affermando che « Per la critica che viene mossa al nostro Paese, la violazione dell'art. 7 sarebbe stata comunque preceduta dalla violazione dell'art. 25 comma 2 della Costituzione, posto che, nell'affermazione della Corte, le parti non contestano l'origine giurisprudenziale dell'istituto del concorso esterno. Ma se così fosse stato, se cioè la giurisprudenza italiana, nel definire i presupposti dell'applicazione del concorso esterno, fosse andata oltre un'interpretazione estensiva, approdando all'analogia o alla vera e propria produzione normativa, questo fatto, prima ancora di violare una norma internazionale, avrebbe violato una fondamentale norma costituzionale».

secondo il ricorrente, la sentenza di condanna italiana. La Corte di Appello di Caltanissetta, ritenuta infondata l'istanza sotto il profilo della asserita emersione di prove nuove, ha ritenuto *ex officio* di dover valutare se il ricorso europeo potesse al più comportare una revisione europea della sentenza di condanna italiana in forza dell'art. 630 c.p.p. che con sentenza n. 113/2011 era stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Consulta «nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza e del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1 [CEDU] per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

I giudici della revisione, tuttavia, nonostante la decisione della Corte di Strasburgo nel frattempo emanata fosse passata in giudicato, hanno disatteso il *dictum* dei giudici europei, ritenendo che «ad un soggetto quale Contrada, funzionario di polizia attivo nell'ufficio investigativo impegnato nel contrasto alla criminalità organizzata, non potevano mancare elementi chiari e univoci per avere consapevolezza dell'esistenza del concorso esterno e della sanzionabilità in sede penale di condotte che offrivano un contributo alle organizzazioni mafiose, anche se rimanendo estranei alla configurabilità del sodalizio». Ciò sulla base del fatto che Contrada riceveva da parte dell'autorità giudiziaria che in quel periodo aveva contestatoreati *ex* artt. 110 c.p. e 416 *bis* c.p., in particolare nell'ambito del maxi-processo di Palermo, istruito anche sulla scorta delle indagini degli uffici di cui Contrada faceva parte. Ancora, già nel 1987 vi era stata una condanna in Cassazione per concorso esterno in associazione mafiosa.

La decisione del giudice della revisione non può che destare un forte allarmismo, non con riguardo al profilo di merito dallo stesso analizzato e sopra riportato, quanto piuttosto per l'evidente violazione dell'art. 46 CEDU che sancisce la vincolatività delle sentenze della Corte EDU passate in giudicato. La decisione della Corte EDU è stata chiara sul punto: lo Stato italiano ha violato l'art. 7 CEDU per aver condannato Bruno Contrada al reato di concorso esterno in associazione mafiosa, nonostante la mancata prevedbilità della sanzionabilità del delitto all'epoca della commissione dei fatti oggetto di causa. Tutto ciò non fa altro che confermare l'accesa *querelle* tra le Corti italiane e le Corti europee: le

prime restie a cedere spazi di loro sovranità, la seconda bramosa di affermarsi nel delicato campo del diritto penale.

5. La retroattività della legge penale più favorevole. Il caso Scoppola.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza, anche costituzionale[532], il principio di retroattività della legge penale più favorevole[533] – riconosciuto esplicitamente nel nostro ordinamento a livello di legislazione ordinaria dall'art. 2, co. 2, c.p. – non è del tutto sprovvisto di un fondamento costituzionale, da individuare nel più generale principio di eguaglianza-ragionevolezza sancito all'art. 3 Cost.[534] anziché nel principio di legalità di cui all'art. 25, co. 2, Cost.[535]. Si ritiene irragionevole continuare a punire chi ha commesso il fatto in violazione di una legge penale successivamente abrogata, ovvero continuare a punirlo con la pena prevista al momento della commissione del fatto ma successivamente sostituita, prima della conclusione del processo, con una pena più mite[536].

---

[532] Corte Cost., 12 marzo 2008, n. 72, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte Cost., 23 novembre 2006, n. 393, in *www.cortecostituzionale.it*.

[533] Il secondo corollario del principio di legalità è costituito dal divieto di retroattività della legge penale, in quanto il destinatario della regola penale deve essere messo nelle condizioni di sapere quali possono essere le conseguenze, anche penali, della propria condotta al momento in cui la pone in essere. La legge penale deve perciò essere conoscibile e, quindi, deve in primo luogo esistere prima della commissione del fatto per consentire all'individuo di autodeterminarsi. Tale possibilità verrebbe, al contrario negata nel caso in cui l'incriminazione e l'assoggettamento ad una pena derivassero da una legge entrata in vigore successivamente alla commissione del fatto.

[534] G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6° ed., Zanichelli, Bologna, 2009, p. 86 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2011, p. 81 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4° ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 101 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 4° ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 613 ss.; G. VASSALLI, Abolitio criminis *e principi costituzionali*, in *Riv. It, dir. Proc. Pen*., 1983, p. 377 ss.

[535] M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. 1, *La legge penale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 111 ss., invece, ritiene che il fondamento del principio in parola debba rinvenirsi nell'art. 25, co. 2, Cost.

[536] Sarebbe infatti discriminatorio, oltre che contrario al buon senso, non solo punire in maniera differenziata soggetti responsabili della medesima violazione, soltanto in ragione della

Certo è che l'individuazione del fondamento della retroattività della *lex mitior* nell'art. 3 Cost. segna un diverso argine della tutela costituzionale del principio in parola. Infatti, mentre la irretroattività *in peius* – sancita all'art. 25, co. 2, Cost. – è considerata un principio avente carattere assoluto e, in quanto tale, insuscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali, al contrario le esigenze di eguaglianza-ragionevolezza sottese alla retroattività *in bonam partem* della legge penale sono aperte a possibili bilanciamenti. Le deroghe a siffatto principio devono però essere "ragionevoli", in quanto introdotte per soddisfare esigenze o per presidiare interessi di rango costituzionale, di analogo rilievo rispetto a quelli sottesi al principio di retroattività favorevole. Tali deroghe, dunque, devono superare il c.d. "test di ragionevolezza" a cui la Consulta nel 2006[537] ha fatto riferimento avuto riguardo alla disciplina del regime transitorio previsto dalla Legge *ex* Cirielli[538] di modifica del sistema prescrizionale[539].

---

diversa data di commissione del reato, ma anche e maggior ragione permettere che uno di tali soggetti continui ad essere punito e l'altro si sottragga a qualsiasi sanzione penale, ancora in ragione soltanto del diverso *tempus cominissi delicti.* Piuttosto, e fermo restando il principio di garanzia secondo cui nessuno può essere sottoposto a una pena non prevista al momento della commissione del fatto, o a una pena più grave di quella allora prevista (art. 25 co. 2 Cost. e art. 1 c.p.) si afferma generalmente la necessità che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto commesso così come valutato dal legislatore al momento dell'inflizione della pena, imponendosi addirittura la revoca della sentenza di condanna già passata in giudicato nel caso estremo in cui il fatto commesso cessi di costituire reato per effetto di una mutata valutazione legislativa, ovvero della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice violata (così come disposto dall'art. 673 c.p.p.).

[537] Corte Cost., 23 novembre 2006, in *www.giurcost.org*.

[538] Si tratta della Legge 5 dicembre 2005, n. 251.

[539] In precedenza, Corte Cost., 346 del 2004, in *www.cortecostituzionale.it*, in materia di norma penali di favore, aveva individuato il fondamento della retroattività della *lex mitior* nel principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) «che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica mitigatrice». Fondando la retroattività della *lex mitior* sull'art. 3 Cost. piuttosto che sull'art. 25, co. 2, Cost, significa non attribuirgli valore di principio assoluto, e renderlo suscettibile di essere derogato a seguito di bilanciamenti con altri valori costituzionalmente garantiti. É la Corte Costituzionale stessa a mettere in luce tali aspetti nella sentenza già citata: «il collegamento del principio della retroattività in mitius al principio di eguaglianza ne segna, peraltro, anche il limite: nel senso che, a differenza del principio della irretroattività della norma penale sfavorevole —assolutamente inderogabile — detto principio deve ritenersi suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli». A fronte della sentenza della Corte EDU, alcuni giudici hanno sollevato questione di legittimità costituzionale art. 10 comma 3 Legge ex Cirielli nella parte in cui prevedeva, quale deroga alla operatività della retroattività favorevole, che il processo fosse pendente in grado di appello e in Cassazione. I giudici a quibus sostennero che la Corte Costituzionale avrebbe dovuto vagliare la questione di legittimità costituzionale avendo come parametro non solo il 3 Cost. ma anche l'art. 117 Cost. in conbinato disposto con l'art. 7 CEDU. Corte Cost., 22 giugno 2011, n. 236 ha sostenuto che, per quanto si sia arricchita la base giuridica della retroattività favorevole, non è

Le novella del 2005, infatti, prevedeva l'esclusione della retroattvità favorevole della nuona disciplina in tema di prescrizione allorché i fatti fossero oggetto di un processo, ancora pendente all'atto della entrata in vigore di tale legge, nel quale era stata dichiarata l'apertura del dibattimento. La Corte Costituzionale era stata adita al fine di chiarire se il limte alla retroattività della *lex mitior*, rappresentato dalla dichiarazione di apertura del dibattimento, potesse superare o meno il test di ragionevolezza. In altri termini, quali esigenze il legislatore aveva inteso presidiare introducendo, quale ostacolo alla retroattività favorevole, la dichiarazione di apertura del dibattimento? La Consulta, accogliendo la questione di legittimità costituzionale sollevata, ritenne che l'interesse alla non dispersione della prova – sostenuto dalla difesa nel giudizio costituzionale – non fosse un bene di carattere prevalente rispetto al principio di retroattività della *lex mitior*, atteso che nel processo penale la prova non si forma prima della dichiarazione di apertura del dibattimento. La Corte Costituzionale ha dunque accolto la questione di legittimità, affermando che, stante l'ormai diffuso riconoscimento internazionale di tale principio – testimoniato, oltre che dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia[540], anche dall'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea –, eventuali deroghe a tale principio sono legittime «solo in favore di interessi di analogo rilievo. Con la conseguenza che lo scrutinio di costituzionalità *ex* art. 3 Cost., sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo, deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole».

Posto che, in ambito nazionale, il principio di retroatttività della *lex mitior* ha una copertura costituzionale, seppur con i limiti sopra enunciati, la

venuta meno la natura derogabile del principio della retroattività favorevole. Questa rafforzata base costituzionale non ha inciso sulla natura non assoluta e non inderogabile del principio in parola. Ben possono essere introdotte deroghe, purché superino il test di ragionevolezza. Nel caso specifico, secondo la Consulta deve ritenersi che le due deroghe introdotte dalla legge ex Cirielli superino il test di ragionevolezza perché, quando il processo è in grado di appello e Cassazione, non vi è dubbio che il legislatore abbia voluto escludere la retroattività per evitare danno a efficacia processuale e a conservazione prove.

[540] La Corte di Giustizia UE ritiene trattarsi di un principio proprio della tradizione costituzionale degli Stati membri, rientrante nel novero dei principi generali del diritto UE (vedi casi Berlusconi, El Dridi, Jager).

giurisprudenza si è interrogata in ordine all'ambito di operatività dell'art. 7 CEDU che, apparentemente, non introduce il principio di obbligatoria retroattività della legge penale più favorevole, limitandosi ad affermare il principio di legalità, nel senso che né la fattispecie né la pena più severa subentrate possono essere applicate a fatti accaduti prima della loro introduzione, ovvero non possono avere effetto retroattivo. Sotto il profilo della retroattività della legge penale favorevole, dunque, l'art. 7 CEDU si mostra reticente, tanto che il silenzio rispetto a questo fondamentale aspetto fino qualche anno fa era stato interpretato come se dalla disposizione in esame potesse ricavarsi solo ed esclusivamente il principio della irretroattività della legge penale sfavorevole e non anche quello della retroattività della *lex mitior*[541].

Con un importantissimo *revirement*, la Corte EDU nel 2009 è giunta a dare una lettura ampia alla disposizione di cui all'art. 7 CEDU, ritenendo che debba essere intesa nel senso che essa preveda, sia pure in modo implicito, anche il principio di retroattività delle norme penali favorevoli, che impone l'applicazione al reo della legge più favorevole tra quelle vigenti al momento del fatto e quelle successivamente intervenute prima della sentenza passata in giudicato[542]. Rovesciando la sua precedente giurisprudenza, i giudici di Strasburgo hanno dunque ritenuto che la disposizione in parola non accolga soltanto il principio di irretroattività delle leggi penali più severe, ma consacri

[541] G. DE AMICIS, *Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti Europee, in Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, in *www.europeanrights.eu*, 2010.

[542] M. GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2020 ss.; F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del* nullum crimen *nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 426 ss.; F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 6; V. MANES, (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale - Giurisprudenza sistematica*, in *wwwcortecostituzionale.it*.; E. APRILE, *I "meccanismi" di adeguamento alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella giurisprudenza penale di legittimità*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 3216 ss.; G. ARMONE, *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole come diritto fondamentale nella giurisprudenza multilivello*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, in *www.europeanrights.eu*; G. ICHINO, *L' "affaire Scoppola c. Italia" e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2010, 2, p. 841 ss.; S. BUZZELLI, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo — parte I*, in *Riv. il. Dir. e proc. pen.*, 2010, p. 389 ss.; C. PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo — parte II*, in *Riv. it. Dir. e proc. pen.*, 2010, p. 397 ss.; C. MUSIO, *Il "caso Scoppola" dalla Corte Europea alla Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2011, 1, p. 208 ss.

altresì il principio di retroattività della legge penale più favorevole al reo, elevando così tale principio a rango di diritto fondamentale della persona. In particolare, «la Corte ritiene che sia necessario ritornare sulla giurisprudenza stabilita dalla Commissione nella causa X c. Germania e considerare che l'articolo 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nellaanorme secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato». Come sopra detto, si tratta di un importante "cambio di rotta" dei giudici di Straburgo, poiché la riconduzione del principio di retroattività della legge penale più favorevole nell'alveo dell'art. 7 CEDU non è privo di conseguenze, aprendo la possibilità di invocare questa volta l'art. 117, co. 1, Cost. a supporto di nuove questioni di legittimità costituzionale rispetto alle limitazioni eventualmente previste alla retroattività della *lex mtior*[543].

La vicenda che ha portato alla sentenza della Corte europea ha avuto inizio il 2 settembre 1999 quando, a seguito di una lite familiare, Franco Scoppola uccise la propria moglie e ferì uno dei figli. Il signor Scoppola venne rinviato a giudizio per l'omicidio della moglie, tentato omicidio del figlio, per maltrattamenti in famiglia ed infine per detenzione abusiva di arma da fuoco. All'epoca della loro commissione i fatti contestati, punibili con la pena dell'ergastolo con isolamento diurno, non avrebbero consentito a Scoppola di formulare istanza di rito

[543] Ciò ha portato inizialmente a pensare che, a seguito di questa nuova interpretazione dell'art. 7, il principio di retroattività della legge penale favorevole non ammettesse più deroghe, in quanto apparentemente formulato in via assoluta dai giudici europei, e pertanto prima facie chiuso a possibili bilanciamenti, nemmeno in presenza di controinteressi di pari rilevanza. Un simile ragionamento, si è sostenuto, sarebbe giustificato anche alla luce delle sentenze gemelle del 2009, non potendosi negare che tale diritto assurga a *maximum* di garanzia per il reo comportando un innalzamento del livello di tutela. Tuttavia, tale conclusione non può assolutamente condividersi, atteso che – come dalla stessa Corte EDU affermato nella sentenza in commento – è richiesto sempre il bilanciamo tra interessi di pari rilievo costituzionale, anche fonfando la retroattività della *lex mitior* sull'art. 7 CEDU e non più solamente sull'art. 3 Cost.

abbreviato ai sensi della normativa allora vigente[544]. Successivamente, e precisamente il 2 gennaio del 2000, entrò in vigore la legge n. 479 del 1999 che, al contrario, consentiva la proposizione della richiesta di rito abbreviato. Sulla base di questa normativa, all'udienza preliminare del 18 febbraio 2000 Scoppola chiese ed ottenne di essere giudicato secondo il rito speciale, in quanto ciò gli avrebbe permesso di ottenere una significativa riduzione della pena nel caso di condanna. In particolare, la versione allora vigente dell'art. 442, co. 2, c.p.p. prevedeva che, qualora fosse stata comminata all'imputato la pena dell'ergastolo (senza fare alcuna distinzione), la sanzione da applicare, per effetto della riduzione derivante dalla scelta del giudizio abbreviato, sarebbe stata pari a trenta anni di reclusione. Pertanto, facendo applicazione della disposizione codicistica sopra richiamata, il 24 novembre 2000 il giudice per l'udienza preliminare dichiarò Scoppola colpevole dei reati ascrittigli e lo condannò a trent'anni di reclusione.

Tuttavia, il giorno stesso della condanna era entrato in vigore il decreto legge n. 341 del 2000 (poi convertito in legge 19 gennaio 2001, n. 4) che – sebbene espressamente qualificato di "interpretazione autentica" – aveva modificato incisivamente l'art. 442 c.p.p., stabilendo che, in caso di richiesta di giudizio

[544] La disposizione originaria dell'art. 442, comma 2, c.p.p. prevedeva, nel caso di giudizio abbreviato, la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella di trenta anni di reclusione. Questa norma è stata però dichiarata costituzionalmente illegittima per eccesso di delega (sentenza n. 176 del 1991) e, di conseguenza, tra il 1991 e il 1999, l'accesso al rito abbreviato, sulla base degli artt. 438 e 442 c.p.p., all'epoca vigenti, è stato precluso agli imputati dei delitti puniti con l'ergastolo. L'art. 30, comma 1, lettera b), della legge n. 479 del 1999 (c.d. legge Carotti), entrata in vigore il 2 gennaio 2000, ha modificato l'art. 442, comma 2, c.p.p., reintroducendo la possibilità di procedere con il giudizio abbreviato per i reati punibili con l'ergastolo, e ha previsto la sostituzione di questa pena con quella di trenta anni di reclusione. Il decreto-legge n. 341 del 24 novembre 2000, entrato in vigore lo stesso 24 novembre 2000, e convertito dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4, all'art. 7, ha modificato nuovamente l'art. 442 c.p.p., stabilendo, in via di interpretazione autentica della precedente modifica, che «nell'art. 442, comma 2, del codice di procedura penale, l'espressione "pena dell'ergastolo" è riferita all'ergastolo senza isolamento diurno» (art. 7, comma 1), e aggiungendo alla fine del comma 2 dell'art. 442 c.p.p. la proposizione: «Alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo». In via transitoria, l'art. 8 del medesimo decreto-legge ha consentito a chi avesse formulato una richiesta di giudizio abbreviato nel vigore della legge n. 479 del 1999 di revocarla entro trenta giorni dall'entrata in vigore del decreto-legge con l'effetto che il processo sarebbe proseguito con il rito ordinario. In seguito a quest'ultima modifica normativa, il giudizio abbreviato, che si conferma applicabile alla generalità dei delitti puniti con l'ergastolo, consente al condannato di beneficiare della sostituzione della pena dell'ergastolo senza isolamento diurno con quella di trenta anni di reclusione e della sostituzione della pena dell'ergastolo con isolamento diurno con quella dell'ergastolo semplice.

abbreviato, si dovesse fare distinzione a seconda che la pena prevista fosse l'ergastolo con o senza isolamento diurno: nel primo caso, l'applicazione del rito abbreviato comporta la sua sostituzione con l'ergastolo semplice, mentre nella seconda ipotesi la riduzione della pena a trent'anni di reclusione. Sulla base della novella del 2000, la Corte di assise d'appello, in applicazione del principio *tempus regit actum,* condannò l'imputato alla pena dell'ergastolo semplice, ritenendo che la nuova disciplina dovesse applicarsi anche ai processi pendenti. La condanna venne confermata in Cassazione.

Esauriti i ricorsi interni, il signor Scoppola adì il 24 marzo 2003 la Corte di Strasburgo, lamentando la violazione degli artt. 6 e 7 CEDU in ragione della mancata applicazione della legge n. 479 del 1999 che prevedeva, per effetto della scelta del rito abbreviato, la commutazione dell'ergastolo nella pena di anni trenta di reclusione (indubbiamente *lex mitior* rispetto alla normativa precedente). La Corte EDU, come sopra accennato, rilevando che l'art. 442 c.p.p. fosse ascrivibile alla categoria delle disposizioni di diritto penale sostanziale e richiamando l'art. 7 della Convenzione e l'art. 2 c.p. – che prevedono non solo la irretroattività della nuova incriminazione e della norma più sfavorevole, ma anche la retroattività della *lex mitior* – con sentenza del 17 settembre 2009 ha riconosciuto la violazione degli artt. 6 e 7 CEDU, ritenendo che lo Stato fosse venuto meno al proprio obbligo di far beneficiare l'imputato dell'applicazione della pena a lui più favorevole, entrata in vigore dopo la commissione del reato. I giudici di Strasburgo, pertanto, hanno condannato lo Stato italiano[545] ad eliminare gli effetti della sua inadempienza, al fine di restituire *in integrum* la posizione del ricorrente mediante la sostituzione della pena dell'ergastolo (allo stesso inflitta) con «una pena non superiore a quella della reclusione di anni trenta», come previsto dalla c.d. legge Carotti vigente al momento in cui il ricorrente aveva formulato istanza di rito abbreviato. Infine la Corte di Strasburgo ha riconosciuto al ricorrente il risarcimento del danno, equitativamente determinato, ai sensi dell'art. 41 della stessa Convenzione.

[545] L'art. 46, primo comma, CEDU prevede l'obbligo a carico degli Stati parte della Convenzione di «conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie delle quali sono parti».

Alla rideterminazione della pena in conformità alle statuizioni della Corte europea provvedeva, nel febbraio 2010, la Corte di Cassazione[546], adita da Franco Scoppola mediante ricorso straordinario *ex* art. 625 bis c.p.p.[547] «preso atto dell'iniquità e dell'ineseguibilità del giudicato per il fatto nuovo costituito dalla sentenza della Corte dei diritti dell'uomo,pronunciata il 17 settembre 2009, che ha accertato che la sua formazione è avvenuta in violazione dei principi *ex* artt. 6 e 7 della Convenzione; preso atto della conseguente esigenza di provvedere all'immediata caducazione della decisione viziata e della immediata modifica della pena inflitta con sentenza 10.1.2002 della Corte di assise di appello di Roma, revoca in parte qua la sentenza di questa Corte n. 2592/03 del 25.9.2002, che ha formato il giudicato, e annulla senza rinvio la sentenza della corte di assise di appello di Roma emessa il 10.1.2002, limitatamente al trattamento sanzionatorio nei confronti di S.F., che determina in anni trenta di reclusione». La Corte riconosce la necessità di procedere immediatamente anche «a fronte dell'estrema chiarezza della sentenza della Corte di Strasburgo e dell'esigenza di dare immediato riconoscimento all'efficacia nel nostro ordinamento della normativa e delle decisioni delle istituzioni Europee». La Corte di Cassazione ha pertanto revocato detta

[546] Cass., sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, in *www.italgiure.giustizia.it*.

[547] Il ricorrente ha ottenuto la sostituzione dell'ergastolo con la pena di anni trenta di reclusione attraverso l'applicazione in via analogica del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto. L'art. 625 c.p.p. è stato dunque lo strumento giuridico "escogitato" dalla Corte di cassazione per dare esecuzione nel nostro ordinamento alle sentenze della Corte europea, prima della pronuncia additiva della Corte costituzionale n. 113 del 2011. Con tale decisione il Giudice delle leggi ha introdotto un nuovo caso di revisione del giudicato di condanna (art. 630 c.p.p.) per attuare, appunto, le sentenze della Corte di Strasburgo che hanno accertato la violazione di un diritto fondamentale (c.d. "revisione europea"). Va precisato come, prima del citato intervento "additivo" della Corte costituzionale, il rimedio alle iniquità processuali accertate in sede europea era affidato, secondo un orientamento, al giudice dell'esecuzione, il quale avrebbe dovuto dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., del giudicato (Cass., Sez. I, 1 dicembre 2006, Dorigo); secondo un altro orientamento, dettato da Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, al ricorso straordinario *ex* art. 625 *bis* c.p.p. In merito al rimedio "creato" da ultimo dalla Corte costituzionale, peraltro assai discusso, si rinvia, tra tanti, a M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. p. 330 ss.; S. QUATTROCOLO, *Violazioni di convenzioni internazionali e giudicato penale interno*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 647 ss.; A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la convenzione europea dei diritti umani... ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Legisl. pen.*, 2011, p. 481; G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1542 ss., non senza rilevare, tuttavia, come sia auspicabile un immediato intervento del legislatore a correzione, integrazione o addirittura a sostituzione del nuovo meccanismo.

pronuncia, limitatamente al trattamento sanzionatorio, che veniva modificato nuovamente "in anni trenta di reclusione"[548].

5.1. I fratelli minori di Scoppola.

All'indomani della riconduzione del principio di retroattività della *lex mitior* nell'alveo dell'art. 7 CEDU e della sua elevazione al rango di diritto fondamentale della persona ad opera della Corte di Strasburgo, una questione di preminente rilievo riguardava la sorte di tutte quelle persone condannate all'ergastolo che al momento della condanna si trovavano in una situazione analoga a quella di Franco Scoppola[549]. In altri termini, si trattava di stabilire se gli stessi, pur avendo presentato istanza di giudizio abbreviato nell'intervallo di tempo compreso tra il 2 gennaio 2000 (data di entrata in vigore della legge n. 479 del 1999[550]) e il 24 novembre 2000 (data di entrata in vigore del d.l. n. 341/2000[551]), potessero beneficiare del trattamento, indibbiamente più favorevole, introdotto dalla legge Carotti.

A dire il vero, in gioco non erano solo le sorti dei condannati all'ergastolo che, a differenza del signor Scoppola, non si erano rivolti alla Corte EDU nei sei mesi successivi alla pronuncia definitiva, ma opposte esigenze che richiedevano un delicato bilanciamento: da un lato, vi era la necessità di salvaguardare il giudicato penale; dall'altro lato, si avvertiva l'obbligo a carico del giudice di interpretare (e, conseguentemente, applicare) il diritto interno in maniera conforme agli obblighi discendenti dalla Convenzione europea, così come

[548] Una ricostruzione della vicenda è offerta anche da C. SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Arch. Pen.*, 2013, n. 1; F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in *Dir. Pen. Contem.*, 10 aprile 2012, p. 4 e ss.

[549] G. ROMEO, *Alle Sezioni unite la questione della possibilità per il giudice dell'esecuzione, dopo la sentenza "Scoppola" della Corte EDU, di sostituire la pena di trenta anni di reclusione alla pena dell'ergastolo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 marzo 2012.

[550] Si ricorda che con tale legge era stata introdotta la possibilità per l'imputato di beneficiare di una riduzione di pena sino a 30 anni di reclsuione qualora lo stesso avesse optato per il rito abbreviato.

[551] Decreto legge che, come sopra detto, modificando l'art. 442, co. 2, c.p.p., aveva distinto a seconda che l'imputato fosse stato condannato all'ergastolo con o senza isolamento diurno, fissando nel primo caso l'ergastolo semplice e nella seconda ipotesi la reclsuione di anni 30.

interpretati dai giudici di Strasburgo. Ancora, altro problema di non poco momento atteneva al significato e alla portata da riconoscere alla sentenza Scoppola, essendo incerto se da questa si potesse trarre un principio di carattere generale o, al contrario, se fosse da considerare la mera soluzione del caso concreto, irrilevante per tutti gli altri casi[552].

Su tale ultima questione era intervenuta in prima battuta la Corte di Assise Caltanissetta[553], pronunciatasi sull'incidente di esecuzione proposto dal signor A. Cavallo, già condannato all'ergastolo dalla medesima Corte nel 2001 a seguito di un giudizio abbreviato con sentenza poi confermata in appello e in Cassazione e divenuta definitiva nel 2003. L'incidente di esecuzione era stato proposto dal ricorrente al fine di ottenere la sostituzione della pena perpetua inflittagli con quella temporanea di trent'anni di reclusione, sostenendo di trovarsi nella medesima situazione di Franco Scoppola, avendo egli formulato istanza di rito abbreviato il 25 settembre 2000, ovvero durante la vigenza della legge n. 479/1999.

I giudici, in risposta alle doglianze del ricorrente, dopo aver precisato che il proposto incidente d'esecuzione coinvolgesse «la tematica dei rapporti tra il principio di stabilità e certezza della "cosa giudicata" ed il sistema sovranazionale di tutela dei diritti umani istituito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», nel rigettare il ricorso avevano escluso che il caso sottoposto al loro esame potesse consentire la

[552] Ricorda C. SCACCIANOCE, *La retroattività della* lex mitior *nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale*, cit., p. 13, come «i giudici europei a partire da un momento ben preciso hanno arricchito il contenuto delle proprie sentenze, determinando anche un diverso imprinting al proprio orientamento sotto un duplice profilo: da un lato, dichiarando l'esistenza di specifiche deficienze ordinamentali da cui trae origine la violazione delle norme convenzionali, e, dall'altro, suggerendo, e a volte perfino prescrivendo nel dispositivo, l'adozione di precise modifiche legislative ritenute idonee per adeguare l'ordinamento interno alle statuizioni pattizie. Esattamente è dalla Risoluzione n. 3 del 12 maggio 2004 che la giurisprudenza di Strasburgo, divenendo molto più incisiva, ha colto l'invito del Consiglio d'Europa a esercitare il potere di identificare nella decisione, per quanto possibile, ciò che a suo avviso rivela un problema strutturale soggiacente alla constatata violazione della norma convenzionale e la sua causa, facilitando in tal modo sia lo Stato a trovare la soluzione più adatta sia il Comitato dei ministri a svolgere la sua attività di co,zurollo sulla corretta esecuzione della sentenza di condanna». Coeva a detta Risoluzione è la Raccomandazione n. 6, che esortava gli Stati a valutare i rispettivi ordinamenti nazionali e la loro applicazione alla luce di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che avessero evidenziato limiti strutturali o generali, allo scopo di prevedere una disciplina in grado di prevenire ripetute decisioni della Corte medesima su questioni identiche.

[553] Corte di Assise Caltanissetta, Sez. I, ord. 18 novembre 2011.

rimozione della pena perpetua sulla base delle seguenti motivazioni. *In primis*, si era constatata la mancanza di un ricorso alla Corte EDU nel termine di sei mesi dalla pronuncia definitiva e, quindi, di una pronuncia della stessa Corte in suo favore, tale da consentire l'accesso ai "rimedi" individuati in via pretoria dalle Corti di Cassazione e Costituzionale proprio per dare esecuzione ad una pronuncia della Corte europea ai sensi dell'art. 46 CEDU[554]. In secondo luogo, ha sostenuto la Corte, «deve rilevarsi che il principio affermato dalla sentenza Scoppola non è applicabile neppure in via di "interpretazione convenzionalmente conforme" al caso di specie, giacché tale pronuncia si riferisce ad una ipotesi profondamente diversa da quella oggetto del presente procedimento. [...] lo Scoppola era stato giudicato con il rito speciale, era stato condannato in primo grado ad una pena detentiva temporanea, ed aveva visto frustrata, in grado di appello, la propria legittima aspettativa di non essere condannato all'ergastolo per effetto di una legge successiva imprevedibile introduttiva di modifiche in peius, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto violato non solo l'art. 7, ma anche l'art. 6 della Convenzione».

Ancora, Scoppola si dolse, già nel ricorso per Cassazione contro la sentenza della Corte d'Appello e poi in un ricorso straordinario *ex* art. 625 *bis* c.p.p. proposto nel 2003 e dichiarato inammissibile dalla Cassazione, della violazione degli artt. 6 e 7 CEDU derivante dalla sua condanna alla pena dell'ergastolo da parte della Corte d'appello. Al contrario, con riferimento al caso Cavallo, « non risultano esperiti dalla difesa dell'odierno istante i mezzi di impugnazione ben proponibili per censurare specificatamente l'entità della pena inflitta. [...] l'istanza di sostituzione della pena dell'ergastolo con la pena detentiva temporanea non può trovare fondamento neppure in una interpretazione della normativa interna in senso conforme all'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ostandovi il tenore letterale dell'art. 2 comma quarto c.p.» e il limite del giudicato.

[554] Cass., sez. I, 18 gennaio 2011 n. 6559: «è stato infatti recentemente precisato dalla giurisprudenza di legittimità che il giudice dell'esecuzione non ha il potere di dichiarare l'inefficacia di un giudicato fuori dal caso in cui debba darsi esecuzione ad una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato l'avvenuta violazione del diritto all'equo processo nell'emissione della pronuncia di condanna».

Last but not least, la Corte aveva sottolineato che «il metodo casistico di ragionamento che è proprio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale esprime un giudizio di non equità della procedura nel suo complesso, sulla base di tutte le peculiarità rilevanti che caratterizzano la specifica vicenda. Tale giudizio non può, quindi, essere esteso *tout court* ad una situazione fattuale profondamente diversa»[555].

Degne di nota sono due pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, intervenute a dirimere i contrasti sorti in ordine alla questione meglio conosciuta con l'espressione "i fratelli minori di Scoppola". Nella sentenza Giannone[556] i giudici di legittimità sono stati chiamati a stabilire se il giudice dell'esecuzione, facendo leva sul principio di retroattività favorevole di cui all'art. 7 CEDU, potesse sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, in tal modo

[555] Su quest'ultima affermazione si appunta la critica di F. VIGANÒ, *Figli di un Dio minore?*, cit., p. 9, il quale ritiene possibile estendere il principio affermato nella sentenza Scoppola oltre il caso concreto, anzi considera, in linea generale, l'estensione necessaria affinché il meccanismo di tutela dei diritti predisposto con il sistema CEDU possa funzionare, stante il sempre crescente numero dei ricorsi alla Corte, il che presuppone l'instaurazione di un rapporto collaborativo tra i giudici nazionali e Strasburgo. L'Autore scrive «la Corte ha una vitale necessità di chiarire a tutti gli Stati membri il suo ruolo: che non è, e non può essere, quello di giudice ultimo di ogni singolo caso in cui un soggetto assuma di essere stato vittima di una violazione dei propri diritti convenzionali — quasi si trattasse di una quarta istanza di giudizio —, ma che deve ,Rssere confinato a quello di interprete ultimo della Convenzione: la cui applicazione quotidiana e la cui stessa interpretazione, in prima battuta, devono invece essere invece garantite dai giudici nazionali. Giudici nazionali che, lo si è detto e ripetuto tante volte in questi ultimi anni, devono essere i primi garanti della Convenzione nei rispettivi ordinamenti nazionali. Il ruolo della Corte EDU dovrebbe dunque essere — e dovrà essere, se la Corte vorrà sopravvivere — quello di garantire l'uniformità interpretativa (e conseguentemente applicativa) della Convenzione in tutti gli Stati parte, attraverso la decisione delle questioni difficili — così come fanno, o dovrebbero fare, le corti supreme a livello nazionale —, e la conseguente fissazione a mezzo dei propri precedenti delle coordinate interpretative essenziali alle quali i giudici nazionali dovranno attenersi nel dare essi stessi applicazione alle norme convenzionali»; contro l'estensione automatica dei principi tratti dalla sentenza Scoppola G. ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un Dio minore,* in *Diritto penale contemporaneo,* p. 8, l'autore precisa come i rischi connessi a un'operazione di by pass del giudicato in presenza di una decisione della Corte EDU consistano «nel lasciare le briglie sciolte a giudici che esercitano un potere "diffuso"» non potendo loro impedire di «aprire varchi sempre più consistenti nel già fragile muro che protegge il giudicato». Di contro argomenti favore dell'estensione si rinvengono in F. VIGANÒ, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali. Una replica a Gioacchino Romeo sulla vicenda dei 'fratelli minori" di Scoppola all'esame delle Sezioni Unite della Cassazione,* in *Diritto penale contemporaneo;* A. GATTO-C. SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile,* in *Dir. pen. proc.,* 2012, p. 1201 ss.

[556] Cass. pen., Sez. Un., 19 aprile 2012.

modificando il giudicato con l'applicazione della legge intermedia più favorevole[557].

Al riguardo, nel tentativo di fare chiarezza in ordine a tale questione, le Sezioni Unite hanno individuato il criterio atto a distinguere i casi in cui debba operare la regola della retroattività della *lex mitior* in ragione della corrispondenza della vicenda in questione con quella di Scoppola rispetto alle ipotesi in cui invece questa non trova applicazione. Si è osservato che la pena di della reclusione di anni trenta, in sostituzione della pena perpetua applicata in sede di giudizio abbreviato, è condizionata al verificarsi di una fattispecie complessa integrata dalla concorrente presenza di due elementi: la commissione di un fatto astrattamente punibile con l'ergastolo (con o senza isolamento diurno) e la richiesta di accesso al rito speciale da parte dell'interessato proposta prima dell'entrata in vigore della normativa meno favorevole. E pertanto, ad avviso della Corte di Cassazione la *lex mitior* intermedia, rappresentata dalla legge 16 dicembre 1999 n. 479, può e deve trovare applicazione soltanto per quei soggetti che, avendo commesso un reato astrattamente punibile con l'ergastolo, abbiano chiesto di accedere al rito abbreviato durante la vigenza della menzionata legge intermedia più favorevole, ovvero nel lasso di tempo compreso tra il 2 gennaio 2000 e il 24 novembre 2000 (data di entrata in vigore del d.l. 341/2000). La norma sopravvenuta più mite rispetto a quella vigente all'epoca dei fatti non si applica, dunque, a quei soggetti che durante la sua vigenza non abbiano chiesto l'accesso al rito speciale e che abbiano compiuto tale scelta processuale soltanto in un momento successivo, ovvero a seguito dell'entrata in vigore della normativa meno favorevole[558].

[557] M. GAMBARDELLA, *I fratelli minori di "Scoppola" davanti al giudice dell'esecuzione per la sostituzione dell'ergastolo con la pena di trent'anni di reclusione,* cit., p. 3 s.

[558] Nel caso di specie, l'imputato aveva avanzato richiesta di giudizio abbreviato soltanto il 19 agosto 2002 e, quindi , molto oltre la data "limite" del 24 novembre 2000 di entrata in vigore della legge di interpretazione autentica. Nel caso Giannone è evidente come pur essendosi verificata una condizione, la commissione di reati astrattamente punibili con l'ergastolo, viceversa non è venuta ad esistenza la seconda e necessaria condizione, alla luce di ciò le Sezioni Unite escludono l'applicabilità dei principi tratti dalla sentenza Scoppola, per cui il signor Giannone dovrà continuare a scontare la sua pena perpetua, beneficiando della sola eliminazione dell'isolamento diurno.

Nel caso Ercolano, invece, le Sezioni Unite con ordinanza del 10 settembre 2012[559] hanno sollevato questione di legittimità costituzionale, ritenendo che la sentenza della Corte EDU sul caso Scoppola non legittimasse, direttamente ed immediatamente, l'intervento del giudice dell'esecuzione teso a "superare" il giudicato di condanna attraverso la rimodulazione della pena inflitta all'autore dei reati, al fine di risolvere la questione relativa alla lesione del diritto fondamentale del condannato all'applicazione retroattiva della legge più favorevole[560]. Posto che le Sezioni Unite hanno considerato la sentenza in discorso una "sentenza pilota"[561] – contenente una «regola di giudizio di portata

[559] La Corte di Cassazione è stata investita con un ricorso contro un provvedimento del Tribunale di Spoleto che, in sede esecutiva, ha rigettato la richiesta di un condannato, il signor Ercolano, diretta a vedersi sostituire la pena dell'ergastolo, applicata nel corso di un giudizio abbreviato, con la pena di trenta anni di reclusione, sostituzione che, secondo il ricorso, si sarebbe dovuta disporre perché il condannato si trovava in una situazione analoga a quella che nel caso Scoppola contro Italia aveva formato oggetto della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il signor S. Ercolano era stato condannato in primo grado con sentenza 18 luglio 1998 alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, perché dichiarato colpevole di due omicidi volontari e per la violazione della normativa sul porto d'armi. La decisione interviene in un momento in cui la normativa non consente l'accesso al rito abbreviato (si rammenta la sentenza n. 176 del 1991 della Corte Costituzionale con la quale era dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 442 c.p.p., nella parte in cui ammetteva la sostituzione della pena perpetua con quella temporanea, per eccesso di delega). Nel corso dp1 giudizio di appello entra però in vigore la legge 479/99 la quale reintroduce la possibilità di accedere al rito abbreviato anche per i reati punibili con ergastolo, inoltre l'imputato avvalendosi della riapertura dei termini disposta dall'art. 4-ter della legge 5 giugno 2000, n. 144, chiede il 12 giugno di procedere con rito abbreviato per ottenere il mutamento di pena. Prima della conclusione del giudizio di appello entra in vigore il discusso d.l. 341, e il signor Ercolano si vede nuovamente condannato all'ergastolo, questa volta senza isolamento diurno. A seguito della vicenda Scoppola il reo fa istanza al Tribunale di Spoleto in qualità di giudice dell'esecuzione per ottenere la sostituzione dell'ergastolo con quella temporanea, sostenendo l'uguaglianza della sua situazione rispetto a quella del signor Scoppola. Il Tribunale di Spoleto rigettava l'istanza affermando che nel caso di specie non rilevava alcuna violazione del principio di legalità di cui all'art. 7. Infine propone ricorso in Cassazione contro il provvedimento del Tribunale.

[560] M. GAMBARDELLA, *I fratelli minori di "Scoppola" davanti al giudice dell'esecuzione per la sostituzione dell'ergastolo con la pena di trent'anni di reclusione,* cit., p. 5.; G. CARLIZZI, *La teoria della successione di leggi nel tempo sul banco di prova del "caso Scoppola" e dei casi analoghi,* in *Diritto penale contemporaneo,* 2013, n. 2, p 27 ss.; e, più di recente le interessanti considerazioni di E. LAMARQUE-F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte Costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo),* in *Giur. it.,* 2014, p. 2.

[561] Le "sentenze pilota" inizialmente si sono fondate sull'art. 46 CEDU, oggetto di una interpretazione estensiva da parte della Corte EDU, la quale, a partire dal caso Broniowski c. Polonia*,* sent. 22 giugno 2004 (ric. n. 31443/96) § 192, ha affermato il proprio potere di statuire misure c.d. generali a carico dello Stato resistente. Nel caso di specie, la Corte ordinò conseguentemente allo Stato resistente di adottare le misure legislative ed amministrative, idonee ad evitare il ripetersi della violazione accertata, e per tutelare i diritti di tutti coloro che, pur non avendo adito essi stessi la Corte europea, si trovassero nella medesima situazione del ricorrente. Tale tipologia di pronunce trova oggi disciplina specifica nell'art. 61 del Regolamento della Corte

generale, che, in quanto tale, è astrattamente applicabile a fattispecie identiche a quella esaminata», essendo necessaria una declaratoria di illegittimità costituzionale della normativa italiana nella parte in cui risulta essere in contrasto con il sistema CEDU, attesa la rilevanza di diritti fondamentali (i c.d. controlimiti) Nel caso di specie, secondo i giudici *a quibus* il ricorrente si sarebbe trovato in una situazione identica a quella che ha connotato il caso Scoppola, ritenendo pertanto che anche nei suoi confronti la pena dell'ergastolo, applicata in forza della norma convenzionalmente illegittima, dovesse essere sostituita con la pena di trenta anni di reclusione. «Di fronte a pacifiche violazioni convenzionali di carattere oggettivo e generale, già in precedenza stigmatizzate in sede europea, il mancato esperimento del rimedio di cui all'art. 34 CE e la conseguente mancanza, nel caso concreto, di una sentenza della Corte EDU cui dare esecuzione non possono essere di ostacolo a un intervento dell'ordinamento giuridico italiano, attraverso la giurisdizione, per eliminare una situazione di illegalità convenzionale, anche sacrificando il valore della certezza del giudicato, da ritenersi recessivo rispetto ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona. La preclusione, effetto proprio del giudicato, non può operare allorquando risulti pretermesso, con effetti negativi perduranti, un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà: s'impone, pertanto, in questo caso di emendare "dallo stigma dell'ingiustizia" una tale situazione». Sulla base delle predette argomentazioni, con l'ordinanza del 19 aprile 2012 i giudici di legittimità hanno scelto di sollevare l'incidente di costituzionalità teso ad eliminare definitivamente la situazione di contrasto con la normativa convenzionale, consentendo in tal modo al giudice dell'esecuzione di non dovere avallare violazioni dello stesso tipo di quelle riscontrate in sede europea nella vicenda Scoppola[562].

---

entrato in vigore il 1° aprile 2011; può segnalarsi in materia di sovraffollamento carcerario, la pronuncia Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, che costituisce un esempio di sentenza pilota, in quanto contiene esplicitamente la condanna dello Stato a porre in essere misure risolutive di un problema strutturale del nostro paese. La sentenza è stata oggetto di commenti tra i quali si segnala quello di F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno,in Diritto penale contemporaneo,* 9 gennaio 2013.

[562] Infatti, l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità degli artt. 7 e 8 del d.l. n. 341 del 2000, nella parte relativa alla loro efficacia retroattiva, avendo una forza invalidante *ex tunc,* avrebbe inciso sull'esecuzione ancora in corso della pena illegittimamente inflitta al ricorrente in

La Corte Costituzionale con sentenza n. 210/2013[563] ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, co. 1, d.l. n. 341/2000, ritenendo parzialmente fondate le questioni sollevate dalle Sezioni Unite: «In sostanza l'art 7, comma 1, del decreto-legge n. 341 del 2000, con il suo effetto retroattivo, ha determinato la condanna all'ergastolo di imputati ai quali era applicabile il precedente testo dell'art. 442, comma 2, cod. proc. Pen. e che in base a questo avrebbero dovuto essere condannati alla pena di trenta anni di reclusione». La Consulta, pur non qualificando la decisione della Corte EDU una "sentenza pilota" [564] – come invece sostenuto dalle Sezioni Unite remittenti – tuttavia sostiene che di questa ne condivide la sostanza poiché relativa ad una violazione di carattere strutturale della CEDU da parte della legge nazionale dovuta alla non conformità rispetto alla Convenzione dell'art. 7 d.l. n. 341 del 2000[565]. Pertanto, secondo i giudici costituzionali lo Stato italiano è obbligato a porre rimedio alla situazione di illegittimità convenzionale, rimuovendo le

applicazione del trattamento sanzionatorio più severo ivi previsto. Come noto, l'art. 136 Cost., stabilendo che la norma dichiarata incostituzionale cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, lascerebbe intRndere che gli effetti delle declaratorie d'illegittimità costituzionale operano con effetto *ex nunc* ostacolando, pertanto, una loro applicazione non solo ai giudizi pendenti, ma anche al medesimo giudizio nell'ambito del quale era stata sollevata la relativa questione. La palese incongruenza è tuttavia superata con la previsione di cui al comma 3 dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953 ("Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale") in base al quale «[...] 3. Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. 4. Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali».

[563] Sul punto si vedano i numerosi i commenti alla pronuncia qui in esame, a conferma del particolare interesse che la sentenza ha suscitato nel dibattito dottrinale tra i penalisti, processualisti e costituzionalisti: cfr. G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitio; sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013,* in *Dir. pen. com.,* 1 ottobre 2013; F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale,* in BARGIS (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano, 2013, p. 263 e ss.; C. PECORELLA, *Dichiarata finalmente illegittima la norma del caso Scoppola: lex mitior o tutela dell'affidamento?, in Dir. pen. proc.,* 2013, p. 1430 e ss.; A. PUGIOTTO, *Scoppola e i suoi fratelli (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione),* in *Rivista Aie,* 2013, p. 4; A. SERRANI, *L'adeguamento del giudicato penale in executivis e il difficile rapporto tra giudizio abbreviato ed ergastolo,* in *Archivio penale,* n. 2/2013.

[564] Tale tipologia di pronuncia, secondo la Corte, sarebbe evidentemente caratterizzata da una espressa indicazione delle norme interne in contrasto con i principi convenzionali e da un chiaro riferimento alle misure generali da adottare, che viceversa mancano nella sentenza Scoppola, nella quale si fa esclusivo riferimento alle misure di carattere individuale.

[565] Ricorda la Corte che non è necessario che le sentenze della Corte EDU specifichino le misure generali da adottare per ritenere che esse, pur discrezionalmente configurabili, costituiscano comunque una necessaria conseguenza della violazione strutturale della CEDU da parte della legge nazionale.

conseguenze nei riguardi di tutti i condannati che versino nelle medesime condizioni di "Scoppola"[566].

Altro aspetto affrontato, inevitabilmente, dalla Corte Costituzionale attiene al valore della *res iudicata*[567]. La Corte ritiene che siano consentite deroghe al principio della intangibilità del giudicato in quanto, sebbene ad esso sia sottesa l'esigenza costituzionale di garantire la certezza del diritto, si tratta comunque di un valore bilanciabile e comprimibile a fronte di altrettanti valori (parimenti costituzionali) prevalenti e ad esso opponibili. Ne costituiscono conferma, tra l'altro, le previsioni normative dell'art. 2 c.p., co. 2 e 3, c.p., che, in caso rispettivamente di *abolitio criminis* e di modifica normativa che comporti la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria, attribuiscono prevalenza alla libertà personale rispetto all'interesse alla certezza dei rapporti giuridici sotteso alla irremovibilità del giudicato. Un'ulteriore dimostrazione di detta cedevolezza è data dagli effetti delle sentenze di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice[568], che *ex* art. 30, comma 4, 1. 87/1953 determinano il travolgimento del giudicato fondato sulla norma incostituzionale.

---

[566] Si segnala che una simile conclusione, vale a dire la necessità di rimuovere le conseguenze negative prodottesi nei riguardi di tutti i condannati che versavano nelle medesime condizioni di Scoppola, poteva dedursi già dall'art. 46 CEDU, è stato fatto oggetto di una interpretazione estensiva da parte della Corte EDU, che per l'appunto sulla base di tale norma ha affermato (a partire dal caso *Broniowski c, Polonia,* sent. 22 giugno 2004, rie. n. 31443/96, § 192) il proprio potere di statuire misure c.d. generali a carico dello Stato resistente, con le quali la Corte ordina allo Stato medesimo di introdurre nell'ordinamento nazionale le misure idonee ad evitare il ripetersi della violazione accertata nel caso concreto, nei confronti dunque della generalità di coloro che si trovino nella medesima situazione del ricorrente. La tortuosa strada percorsa dalla Cassazione è frutto proprio dell'inerzia legislativa.

[567] C. SCACCIANOCE, *La retroattività della* lex mitior *nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale,cit.,* p. 29 ritiene che «l'intangibilità del giudicato rappresenti non un principio di rango costituzionale, bensì un principio del sistema processuale, volto ad assicurare un valore costituzionalmente protetto, quale l'esigenza di certezza giuridica, non si deve ignorare come un'auctoritas rei iudicatae, se può affermarsi in senso forte con riguardo all'accgrtamento del fatto di reato, della sua illiceità e della responsabilità del condannato, non altrettanto può dirsi con riguardo al quantum di pena irrogata, suscettibile, viceversa, di subire modifiche, anche consistenti, in executivis». Sulla tematica del giudicato, per approfondimenti si rinvia a V. F. CALLARI, *La* firmitas *del giudicato penale. Essenza e limiti,* Giuffrè, Milano, 2009, p. 156; F. CORBI, voce *Esecuzione penale,* in *Dig. disc. pen., vol.* IV, Torino, 1990, p. 298, il quale ritiene che *«la determinazione (della pena) effettuata nella sentenza irrevocabile è quanto di meno immodificabile possa pensarsi»;* del medesimo avviso, A. GATTO-G. RANALDI, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. dir., Agg*., IV, Milano, 2000, p. 566.

[568] Così M. SCOLETTA, *Norme penali "convenzionalmente illegittime" e questioni incidentali di costituzionalità in sede esecutiva: il dogma del giudicato sul viale del tramonto,* in *www.federalismi.it*, 28 marzo 2014, p. 10.

Ciò posto, in merito agli strumenti volti ad adempiere all'obbligo di conformazione ai vincoli convenzionali, la Consulta esclude innanzitutto l'operatività del procedimento di revisione *ex* art. 630 c.p.p.[569], non essendo necessaria la riapertura del processo funzionale ad un nuovo giudizio di cognizione nel merito. Impercorribile, secondo i giudici costituzionali, è anche la via del ricorso straordinario per cassazione *ex* art. 625-*bis* c.p.p., sebbene sia stata proprio la strada seguita nel caso Scoppola per consentire la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella a trenta anni di reclusione[570]. Il meccanismo procedurale da intraprendere è invece individuato nel procedimento di esecuzione, nell'ambito del quale al giudice sono riconosciuti *ex* artt. 669 ss. anche i poteri necessari per incidere sul titolo esecutivo[571], quantomeno nei casi, analoghi a quello in esame, in cui non è necessario un nuovo accertamento di merito, essendo sufficiente provvedere ad un mero intervento di rideterminazione della pena.

Preso atto dei rilevi operati dalla Consulta, le Sezioni Unite nel caso Ercolano con sentenza n. 18821 del 2014 constatano la illegittimità della prosecuzione della pena dell'ergastolo inflitta in applicazione dell'art. 7, co. 1, d.l. n. 341 del 2000 dal giudice di merito con sentenza, sebbene divenuta irrevocabile. Pur riconoscendo la "portata valoriale del giudicato, nel quale sono insite preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici", dotate di rilievo assieme costituzionale e convenzionale, la Corte osserva che, «vi sono argomenti di innegabile solidità che si oppongono all'esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima». In partiolare, i giudici di

[569] Così come modificato dalla Corte Costituzionale 113 del 2011, che ha introdotto la c.d. revisione europea, sul punto si rinvia M. GIALUZ, *Una sentenza «additiva di istituto»: la Corte costituzionale crea la «revisione europea»,* cit.; P. RIVELLO, *La Corte costituzionale intervie,ne sull'istituto della revisione al fine di garantire l'obbligo di adeguamento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2011, p. 1173 ss.; S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all'obbligo di conformarsi alle condanne europee: l'inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione,* in *Giur. cost.,* 2011, p. 1560.

[570] La Consulta, infatti, puntualizza come tale rimedio sia utilizzabile esclusivamente per dare attuazione ad una pronuncia della Corte europea, che adita dal singolo abbia riscontrato una specifica violazione.

[571] La Corte, infatti, sottolinea l'ampiezza dei poteri ormai riconosciuti dall'ordinamento processuale, in quanto il giudice dell'esecuzione «non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato, in vari casi, ad incidere su di esso (arti. 669, 670, comma 3, 671, 672 e 673 cod. proc. pen.)».

legittimità osservano quanto segue: «l'istanza di legalità della pena […] è un tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente sub iudice e non ostacolata dal dato formale della c.d. "situazione esaurita", che tale sostanzialmente non è, non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale. Non va sottaciuto, infatti, che la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (art. 13, comma secondo, 23, comma secondo) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma terzo, Cost., profili che vengono sicuramente vanificati dalla declaratoria d'incostituzionalità della normativa nazionale di riferimento [...]. E allora, s'impone un bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo». Ed allora, «una volta preso atto della insussistenza delle condizioni che giustificano l'esecuzione della pena nei confronti del condannato, di riportare la stessa in una dimensione di legittimità, utilizzando spazi di operatività della normativa vigente, che, benché non chiaramente evidenziati, sono in essa impliciti»[572].

6. Nuove incriminazioni di fonte giurisprudenziale.

[572] *Contra,* F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale,* cit., p. 271, , secondo cui nell'ambito dell'incidente di esecuzione l'unica norma applicabile sarebbe la stessa sentenza di condanna, fattasi ormai "norma del caso concreto", con conseguente espulsione dall'orizzonte conoscitivo del giudice della norma generale e astratta sulla quale la condanna si è fondata. , l'autore non condivide il presupposto dal quale tanto le Sezioni Unite quanto la Consulta hanno preso le mosse, e cioè che la questione relativa all'ari 7 del D.L. 341/2000 sarebbe rilevante in quanto norma della cui persistente applicazione (come fondamento giustificativo della pena in corso di esecuzione) il giudice dell'esecuzione sarebbe chiamato a decidere. Secondo Caprioli, è invece «la stessa sentenza di condanna, divenuta irrevocabile, a farsi norma del caso concreto e a rendere doverosa l'attuazione del comando sanzionatorio penale» questa sola norma (individuale e concreta) dovrebbe trovare dunque applicazione nell'incidente di esecuzione, non già la norma generale e astratta applicata dal giudice come premessa maggiore del sillogismo che lo ha condotto alla condanna.

Nell'esaminare il profilo della efficacia nel tempo della legge penale, si è visto che l'art. 7 CEDU sancisce che i cittadini dei Paesi membri della Convenzione non possono essere condannati per un fatto non previamente previsto come reato dal diritto vigente, ovvero non possono essere assoggettati a ene più gravi di quelle applicabili al momento della commissione del fatto.

Si tratta di previsione che, nel sancire il divieto di retroazione della disposizione più sfavorevole rispetto a quella vigente al momento del fatto, non pare porsi in contrasto con la regolamentazione del fenomeno successorio in materia penale dettato dall'art. 2 c.p. il quale conferma il principio di irretroattività della successiva dispozione, affiancandogli quello di necessaria retroazione della *lex mitior*. Peraltro, con la già esaminata sentenza della Corte EDU del 2009 relativa al caso Scoppola, si è affermato che l'art. 7 della Convenzione «garantisce non solo il principio di irretroattività della norma penale più sfavorevole, ma anche, implicitamente, il principio della retroattività della legge penale più favorevole», da considerarsi «incorporato nella regola che laddove vi siano dofferenze tra la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali successive, le corti devono applicare la legge le cui disposizioni siano più favorevoli per l'imputato».

A questo punto, occorre domandarsi se gli indicati principi che presiedono alla successione nel tempo di norme possano e debbano trovare applicazione nel caso in cui sia la giurisprudenza, per effetto di un revirement interpretativo *in peius*, a produrre un sostanziale effetto di retroazione occulta della norma penale *contra reum*. È il caso in cui la Cassazione, quale organo nomofilattico, opti per una interpretazione più elastica della disposizione incriminatrice, includendovi condotte prima ritenute prive di rilievo penale secondo la precedente giurisprudenza. Ci si chiede, in altri termini, se il principio di legalità convenzionale debba ricomprendere nel divieto di retroattività della norma penale, anche le eventuali nuove incriminazioni di fonte giurisprudenziale che si avrebbero in virtù di una diversa interpretazione, in senso peggiorativo della normativa penale già esistente ad opera dei giudici.

La questione si fonda sulla pretesa uguaglianza tra le ipotesi di nuova incriminazione per via legislativa e quelle realizzate per via giurisprudenziale,

posto che tanto nell'uno quanto nell'altro caso si avrebbe una lesione della libertà di autodeterminazione dell'individuo, che in tal modo verrebbe privato della possibilità di orientare liberamente le sue scelte. Egli, infatti, nel momento in cui pone in essere la propria condotta non può calcolare se la stessa avrà o meno conseguenze sul piano penalistico, né potrà prevedere quale sarà l'esito giudiziario di un eventuale processo a suo carico. La retroazione dell'opzione interpretativa sfavorevole può in ipotesi tradire, con la stessa intensità con cui lo tradisce la retroazione della norma sfavorevole, l'affidamento che ciascuno deve poter fare, al momento della condotta, sulle conseguenze penali della stessa. Affidamento che trova nel principio di colpevolezza e nella funzione preventiva della pena i suoi agganci normativi[573].

La dottrina più "tradizionalista", interrogatasi sul punto, aveva ritenuto che lo strumento utile a fronteggiare i rischi derivanti dalla retroazione sfavorevole dei revirement giurisprudenziali fosse la scusante di cui all'art. 5, ovverossia l'*ignorantia legis* inevitabile, così come interpretato alla luce della nota sentenza della Corte Costituzionale n. 364/1988.

A livello sovranazionale, invece, l'equiparazione tra formante legislativo e giurisprudenziale[574] ruota attorno al concetto di diritto, *droit* o *law,* utilizzato nell'articolo 7 CEDU al posto della nozione più ristretta di legge. Invero, si sostiene che il riferimento al diritto è dovuto alla necessità di contemperare le esigenze degli ordinamenti di *civil* e *common law*[575], e dare riconoscimento tanto allo *statutory law* (al diritto di fonte legislativa), quanto al *judicial law* (ovvero quello di derivazione giurisprudenziale). Tale impostazione mira a ricostruire i margini dell'art. 7 CEDU, al fine di realizzare un ampliamento dello *standard* di

[573] La questione è affrontata anche da O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione,* cit., p. 165 e ss.

[574] Sull'argomento v. anche MANES V., *Il giudice nel labirinto,* cit., p. 23 e ss.

[575] Da più parti si sostiene inoltre che le pretese differenze tra ordinamenti di *civil e common law* si sono molto attenuate tant'è che alcuni autori negano finanche la valenza descrittiva della distinzione, stante, da un lato, la grande importanza assunta negli ordinamenti moderni dal precedente e dalla giurisprudenza, e dall'altro lato, il crescente uso di fonti scritte negli ordinamenti di *common law.* Per approfondimenti si rinvia a A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto,* 2ª ed., Bologna-Roma, 2011, pp. 710 e ss.; TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza,cit.* che sottolinea come *«invero,nei sistemi di civil law si fa ampio uso del riferimento alla giurisprudenza, mentre nei sistemi di common law si fa ampio uso della leggescritta ed intere aree di questi ordinamenti (..) sono in realtà codificate»;* nella prospettiva penalistica si segnala A.CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità,* Torino, 1999.

tutela in materia di divieto di retroattività delle nuove incriminazioni[576], ampliamento che si avrebbe senz'altro tutelando il destinatario della regola penale dalla possibilità di subire mutamenti giurisprudenziali *in malam partem.* Tanto che, da più parti, giungono sollecitazioni ad una ridefinizione dell'antico brocardo che sintetizza il principio di legalità, che per ricomprendere il formante giurisprudenziale dovrebbe suonare così: *nullum crimen sine iure*[577].

Nonostante gli sforzi argomentativi sembrerebbe che la giurisprudenza non sia ancora "pronta" ad assecondare le proposte della dottrina. Un chiaro esempio in tale senso viene da una sentenza a Sezioni Unite della Cassazione resa nel 2011[578], nella quale si è affermata «l'impossibilità di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, sicché essa, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la *"lex temporis acti"*, ossia il parametro normativa immanente per la verifica di validità dell'atto compiuto». La Corte, pertanto, non è vincolata alla propria precedente interpretazione della norma (nel caso di specie processuale), potendo nel tempo modificare la propria interpretazione. Tuttavia riconosce che «ove l'*overruling* si connoti del carattere dell'imprevedibilità (per aver agito in modo inopinato e repentino sul consolidato orientamento pregresso), si giustifica una scissione tra il fatto (e cioè il comportamento della parte risultante "*ex post*" non conforme alla corretta regola del processo) e l'effetto […] che ne dovrebbe derivare», con la conseguenza che, a seguito del bilanciamento dei valori in gioco, dovrà escludersi che esso si riverberi

[576] Così A. DI MARTINO, *Intersezioni di legalità e "sanzioni" accessorie. Tra giurisprudenza nazionale, diritti umani, sistemi penali stranieri*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Jovene, Napoli, 2011, il quale ricorda che, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il principio di legalità impone che siano garantite l'accessibilità e la prevedibilità del comando legale, per cui tali esigenze di certezza possono essere frustrate qualora il precetto sia di derivazione giurisprudenziale non sia assistito dalle medesime garanzie. Per approfondimenti sulla giurisprudenza si rinvia all'autore appena citato ed *ex plurimis* a A. BERNARDI, *Art. 7 (Nessuna pena senza legge),* in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIVONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali,* Padova, 2011, p. 249 e ss.; G. DE AMICIS, *Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti europee, cit.;* V. MANES, *Art. 7/1,* in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* Padova, 2012, p. 258 e ss.; M. DOMINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, cit.

[577] In tal senso S. RIONDATO, *Influenze dei principi penali europei su un nuovo codice penale italiano,* in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2011, p. 1541 e ss.; similmente G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica,* in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2011, p. 1431 e ss.

[578] Cass, Sez. Un., 21 giugno 2011, n. 15144.

in senso negativo nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa, la quale, sebbene soltanto sul piano fattuale, aveva comunque creato l'apparenza di una regola conforme alla legge del tempo[579].

La Corte Costituzionale con sentenza n. 230/2012 ha ricordato che i giudici di Strasburgo si sono specificamente occupati dei mutamenti di giurisprudenza – oltre che nella generale prospettiva della verifica dei requisiti di accessibilità e di prevedibilità della legge penale, ritenuti insiti nell'art. 7 CEDU – con riferimento al principio della irretroattività della norma sfavorevole, ritenendo, in particolare, «contraria alla norma convenzionale l'applicazione a fatti anteriormente commessi di un indirizzo giurisprudenziale estensivo della sfera operativa di una fattispecie criminosa, ove la nuova interpretazione non rappresenti un'evoluzione ragionevolmente prevedibile della giurisprudenza anteriore». Aderendo al citato orientamento giurisprudenziale, la Corte Costituzionale ha aggiunto che «l'irretroattività della norma penale sfavorevole rappresenta uno strumento di garanzia del cittadino contro persecuzioni arbitrarie, espressivo dell'esigenza di "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale: esigenza con la quale contrasta un successivo mutamento peggiorativo "a sorpresa" del trattamento penale della fattispecie».

Il principio, peraltro, è stato ribadito dalla Grande Camera della Corte EDU che, con sentenza 21 ottobre 2013, resa in causa Del Rio c. Spagna, ha confermato che l'esame del diritto vivente ha un ruolo decisivo nella valutazione della sussistenza di una base legale, sicché un improvviso revirement

[579] Le ragioni dell'approccio conservatore espresso nella sentenza sono messe chiaramente in luce in dottrina da O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione,* cit., p. 166, la quale sottolinea come il carattere frammentario e non univoco della giurisprudenza nostrana «percorsa da fremiti individualistici ma anche destabilizzata dalla crescente complessità con cui i giudici devono confrontarsi» porti a collocare quasi nella mitologia tanto il concetto stesso di "orientamento giurisprudenziale", quanto, ed maggior ragione, quello di "diritto vivente". L'esistenza di non uno, ma di innumerevoli orientamenti, gli oscillamenti e la disomogeneità degli esiti giurisprudenziali, i repentini cambi di rotta anche da parte di chi dovrebbe vigilare sull'esatta e uniforme interpretazione della legge se da un lato danno prova della natura spiccatamente creativa dell'interpretazione, dall'altro inducono a ritenere che un'equiparazione tra formante giurisprudenziale e legge non sia allo stato possibile né auspicabile.

giurisprudenziale (soprattutto se di una giurisdizione superiore) implica una violazione del principio di legalità al pari di una riforma legislativa retroattiva.

7. Sulla applicazione retroattiva dei mutamenti giurisprudenziali favorevoli.

Posto che artt. 2 c.p. e 673 c.p.p. fanno riferimento, nell'imporre la retroattività della norma abolitiva sopravvenuta, alla ipotesi in cui, formatosi il giudicato, intervenga un *novum* legislativo, ci si chiede se lo stesso meccanismo di rimozione del giudicato di condanna debba operare allorché, immutato il quadro normativo di riferimento, intervenga soltanto un mutamento giurisprudenziale di tipo abolitivo.

Dalla lettura ampia dell'art.7 CEDU potrebbe farsi discendere anche la retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole: in questi casi non si sarebbe di fronte ad un fenomeno di successione nel tempo di leggi, intese come fonti formali, ma ad una successione nel tempo di diverse interpretazioni giurisprudenziali della medesima fonte formale. A sostegno di questa interpretazione dell'art. 7 della Convenzione, si potrebbe sostenere che, altrimenti opinando, si rischierebbe, da un lato, di depotenziare la portata della disposizione in esame e la sua funzione garantista, e, dall'altro, di porre il nostro ordinamento in contrasto anche con i principi ricavabili dagli artt. 5 e 6 della CEDU.

Così opinando, un mutamento di tale specie dovrebbe addirittura consentire la revoca, *ex* art. 673 c.p.p., della sentenza di condanna fondata sull'interpretazione precedente al mutamento di giurisprudenza[580]. Questa è, in particolare, l'impostazione avanzata dal Tribunale di Torino nel 2011, sollevando questione di legittimità costituzionale rispetto all'art. 673 del codice di procedura penale nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna, nonché del decreto penale e della sentenza di

[580] La questione di legittimità costituzionale volta ad ampliare il numero dei casi di revoca della sentenza di condanna, attualmente limitati alle sole ipotesi di *abolitio criminis* e di declaratoria di illegittimità costituzionale, al fine di ricomprendere anche il caso in cui la sopravvenuta irrilevanza penale del fatto sia dovuta ad un mutamento giurisprudenziale, per essere più precisi, ad un mutamento espresso da una decisione della Cassazione nella sua formazione più autorevole.

applicazione della pena su richiesta delle parti, anche il mutamento di giurisprudenza, determinato da una sentenza a sezioni unite della Cassazione, in base la quale il fatto giudicato non è più previsto dalla legge come reato[581].

In particolare il giudice remittente ritiene che l'art. 673 c.p.p. così formulato violerebbe: l'art. 3 Cost. sotto il profilo della irragionevolezza e della eguaglianza di trattamento[582]; l'art. 13 Cost. perché preferirebbe ragioni di tutela dell'ordinamento a precise esigenze di libertà della persona; l'art. 25 c. 2 Cost. sotto il punto di vista della retroattività favorevole della normativa penale di

---

[581] L'occasione per una pronuncia da parte della Corte Costituzionale è data dal diritto penale dell'immigrazione e, in particolare, dalla fattispecie di omessa esibizione dei documenti di identità e del permesso di soggiorno da parte dello straniero prevista dall'art. 6, comma 3, del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (t. u. immigrazione). Questa disposizione è stata modificata nel 2009 dalla l. 15 luglio 2009, n. 94. Prima della riforma veniva sanzionato «*lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non esibisce, senza giustificato motivo, il passaporto o altro documento di identificazione, ovvero il permesso o la carta di soggiorno*». Con la riforma il legislatore ha riformulato la norma incriminatrice sostituendo la congiunzione «ovvero» con la locuzione «e». Oggi l'art. 6, comma 3, t.u. imm. sanziona quindi l'inottemperanza all'ordine di esibizione, da parte dello straniero, «*del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato*». Risulta evidente come, in seguito alla modifica del 2009, lo straniero debba esibire sia il passaporto o altro documento di identificazione sia il permesso di soggiorno.Questa modifica legislativa ha fatto sorgere dubbi all'interno della giurisprudenza sull'individuazione del suo ambito di applicabilità: se lo straniero è tenuto ad esibire sia il documento di identità sia il permesso di soggiorno – si diceva – il destinatario di tale norma potrà essere solo lo straniero regolare e non anche quello irregolare; chi è irregolare, infatti, non possiede per definizione alcun documento di soggiorno da poter esibire insieme a quello di identità. Il contrasto giurisprudenziale sull'individuazione dei destinatari della norma incriminatrice (straniero regolare o anche straniero irregolare) è stato risolto dalle Sezioni Unite con la sentenza Alacev del 2011: il reato in questione – osservano i giudici – è configurabile soltanto nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato e non anche degli stranieri in posizione irregolare, a seguito della modifica dell'art. 6, comma terzo, D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, recata dalla L. 15 luglio 2009, n. 94, che ha comportato una *abolitio criminis* della preesistente fattispecie per la parte relativa agli stranieri in posizione irregolare. Per approfondimenti, v. G.L. GATTA, *Inottemperanza del clandestino all'ordine di esibire i documenti: davvero abolitio criminis?*, in *Dir. Pen e Proc.,* 2011, 11, p. 1348; P. PICCIALLI, *Mancata esibizione del documento da parte dello straniero "clandestino": non è più reato*, in *Corriere Merito*, 2011, 7, p. 733 nonchè alle osservazioni di G. SANTALUCIA in *Cassazione Penale*, 2011, doc. 947.1). In seguito al pronunciamento delle Sezioni Unite viene proposto *ex* art. 673 c.p.p. un incidente di esecuzione al fine di ottenere la revoca di una sentenza definitiva di condanna pronunciata a carico di uno straniero irregolare. Il Tribunale di Torino adito, constatata l'impossibilità di applicare direttamente l'art. 2 c.p. o l'art. 673 c.p.p., ha ritenuto la lacuna di tutela incompatibile con una serie di parametri costituzionali e convenzionali (si veda l'ordinanza del Tribunale di Torino del 27 giugno 2011) e ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p nella parte in cui non prevede una ipotesi di revoca conseguente a mutamento giurisprudenziale favorevole. In tal caso, infatti, ad operare retroattivamente non sarebbe una legge, bensì un mutamento giurisprudenziale favorevole; la valutazione di irrilevanza del fatto, cioè, dipenderebbe non da una modifica normativa o da una pronuncia della Corte Costituzionale (le due ipotesi cui fa riferimento l'art. 673 c.p.p.), bensì da un intervento delle Sezioni Unite.

[582] Due persone che hanno commesso lo stesso fatto – si osserva – rischierebbero di essere trattate in maniera diversa solo per un diverso ordine di trattazione dei processi.

favore; l'art. 27 c. 3 Cost. poiché in ipotesi del genere l'esecuzione della pena non avrebbe alcuno scopo, né rieducativo, né retributivo, né di prevenzione generale o speciale. Sul versante convenzionale, in virtù del richiamo di cui all'art. 117 c.1 Cost., la norma si porrebbe in contrasto anche con le disposizioni di cui agli articoli 5, 6 e 7 della CEDU: in particolare – si osserva – l'art. 7 c.1 CEDU, oltre a sancire implicitamente anche la retroattività della norma favorevole, farebbe riferimento non alla espressione "legge", bensì al termine "diritto" lasciando così intendere di volersi riferire tanto al diritto di produzione legislativa quanto al diritto di formazione giurisprudenziale; si aggiunga, inoltre, che la CEDU si rivolge sia a paesi di *civil law* sia a paesi di *common law*[583].

La Corte Costituzionale con sentenza n. 230 del 2012 ha dichiarato infondata la questione di legittimità sottopostagli[584] dal giudice remittente il quale ha erroneamente ritenuto di poter desumere il principio di retroattività del mutamento giurisprudenziale dalla giurisprudenza della Corte EDU e, più

[583] «Il principio convenzionale di legalità è stato inteso, per così dire, in senso "allargato"» dalla Corte di Strasburgo, che «dovendo contemperare gli ordinamenti di civil law con quelli di common law, «ha valorizzato l'esplicito riferimento al "diritto" (law), distinguendolo dalla semplice legge, ed ha così "inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati; quello legislativo e quello interpretativo». F. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2012, 10, 1173, prima ancora che si pronunciasse la Corte Costituzionale, aveva avuto modo di osservare che «se da un lato potrebbe apparire consequenziale estendere alla nozione di "diritto vivente" la regola della retroattività favorevole in ragione della sua riconosciuta capacità di innovare una certa disciplina normativa, e quindi ben può dirsi che la disposizione legale viva nel significato normativo attribuitole dalla dimensione giurisprudenziale (anche per evitare di correre il rischio che sia poi la Corte di Strasburgo, la quale come noto ha una concezione del "diritto" tradizionalmente aperta al formante giurisprudenziale anche in materia penale, a censurare un'eventuale decisione contraria del giudice nazionale) dall'altro lato, tuttavia, più arduo è accettare l'idea che la sua morte possa essere certificata – con una pretesa che non può che essere assoluta – dall'overruling giurisprudenziale che determinerebbe una vera e propria abolitio criminis. Ognun vede come qui sono in gioco i limiti reciproci dei poteri dello Stato».

[584] Corte Costituzionale n. 230 del 2012, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dieta della Corte di Strasburgo,* il quale sottolinea come la Corte abbia optato per una pronuncia di infondatezza, pur potendo utilizzare una "assai meno impegnativa" pronuncia di inammissibilità, stante il petitum non solo creativo ma anche "costituzionalmente obbligato" anzi addirittura "modificatixo del sistema". Si veda anche DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale,* cit., pp. 172 e ss. In senso critico A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU; con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012),* in *www. giurcost.org.* S. FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica*, in *Archivio Penale*, 2013, n. 2.

in particolare, dall'innesto di due principi differenti: il primo costituito dal principio di retroattività della legge più favorevole; il secondo dato dalla equiparazione tra fonti legislative e fonti giurisprudenziali.

Per quanto riguarda il primo principio, la Corte di Strasburgo non ha mai riferito, in modo specifico, il principio di retroattività della *lex mitior* ai mutamenti di giurisprudenza. Invero, i giudici europei si sono occupati dei *revirement* giurisprudenziali, nella generale prospettiva della verifica dei requisiti di «accessibilità» e «prevedibilità» della legge penale, solo con riferimento al diverso principio dell'irretroattività della norma sfavorevole. La Corte EDU, nello specifico, ritiene contraria alla norma convenzionale l'applicazione a fatti anteriormente commessi di un indirizzo giurisprudenziale estensivo della sfera operativa di una fattispecie criminosa, ove la nuova interpretazione non rappresenti un'evoluzione ragionevolmente prevedibile della giurisprudenza anteriore.

Ciò non comporta, contrariamente a quanto mostra di ritenere il giudice *a quo,* che dalle conclusioni raggiunte a proposito del principio di irretroattività della norma sfavorevole possa automaticamente ricavarsi l'esigenza "convenzionale" di rimuovere, in nome del principio di retroattività della *lex mitior,* le decisioni giudiziali definitive non sintoniche con il sopravvenuto mutamento giurisprudenziale *in bonam partem.*

La Consulta ricorda, conformemente a quanto da sempre sostenuto, che i due principi hanno diverso fondamento, in quanto l'irretroattività della norma penale sfavorevole rappresenta uno strumento di garanzia del cittadino contro persecuzioni arbitrarie, ed è espressione dell'esigenza di «calcolabilità» delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale. Libertà, questa, che verrebbe seriamente compromessa laddove si consentisse ad un successivo mutamento peggiorativo del trattamento penale della fattispecie di incidere sulla qualificazione di un fatto già posto in essere.

Al contrario, non avrebbe nessun collegamento con la predetta libertà il principio di retroattività della norma più favorevole, in quanto la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, cui l'autore si era liberamente e

consapevolmente autodeterminato in base al panorama normativo (e giurisprudenziale) dell'epoca. Piuttosto, detto principio trova fondamento in quello di eguaglianza, che richiede, in linea di massima, di estendere la modifica mitigatrice della legge penale, espressiva di un mutato apprezzamento del disvalore del fatto, anche a coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore.

La Consulta si preoccupa, inoltre, di ricordare come la stessa Corte di Strasburgo abbia avuto modo di rilevare, in termini generali, come, nel caso di avvenuta composizione di un contrasto di giurisprudenza da parte di un tribunale supremo nazionale, l'esigenza di assicurare la parità di trattamento non possa essere utilmente invocata al fine di travolgere il principio di intangibilità della *res iudicata:* infatti, «intendere il principio di eguaglianza nell'applicazione della legge nel senso che ciò che risulta dalle decisioni posteriori implica la revisione di tutte le decisioni definitive anteriori che risultino contraddittorie con quelle più recenti sarebbe contrario al principio di sicurezza giuridica».

Venendo ora al secondo elemento sulla base del quale il giudice *a quo* ha sollevato la questione, esso è costituito dalla pretesa di poter assimilare legge e giurisprudenza. Tale assimilazione, secondo il remittente, troverebbe conferma nell'orientamento della Corte europea da tempo consolidato, secondo il quale la nozione di «diritto» *(«law»),* utilizzata nella norma della Convenzione, deve considerarsi comprensiva tanto del diritto di produzione legislativa che del diritto di formazione giurisprudenziale. La Corte europea accoglie un concetto di «legalità penale sostanziale», e non già «formale», posto che il riferimento alla sola legge di origine parlamentare avrebbe limitato la tutela derivante dalla Convenzione rispetto agli ordinamenti di *common law*. Tuttavia è stata ritenuta valevole anche in rapporto agli ordinamenti di *civil law,* alla luce del rilevante apporto che pure in essi la giurisprudenza fornisce all'individuazione dell'esatta portata e all'evoluzione del diritto penale.

Proprio tale seconda affermazione dimostra, peraltro, come, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, il principio convenzionale di legalità penale risulti meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Rispetto al concetto di

legalità europea è estraneo il principio, di centrale rilevanza nell'assetto interno, della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, co. 2, Cost.; principio che, secondo quanto reiteratamente puntualizzato dalla Corte Costituzionale, demanda il potere di normazione in materia penale, in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale, all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento,quello legislativo, che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione.

Tuttavia, secondo la Corte Costituzionale il rilievo che più di tutti induce al rigetto della questione è dato dal fatto che la stessa Corte europea non risulta avere mai enunciato il corollario che il giudice *a quo* vorrebbe far discendere dalla combinazione tra i due asserti sopra ricordati: e, cioè, che, in base all'art. 7 CEDU, un mutamento di giurisprudenza in senso favorevole al reo imponga la rimozione delle sentenze di condanna passate in giudicato contrastanti col nuovo indirizzo[585].

[585] M. GAMBARDELLA, Eius est abrogare cuius est condere. *La retroattività del diritto giurisprudenziale favorevole,* in *www.penalecontemporaneo.it*, secondo cui «l'abrogazione non può, infatti, dipendere neanche in minima parte da regole giurisprudenziali, l'abrogazione delle leggi è frutto (...) di una decisione politica del legislatore nazionale. Il mutamento del diritto si realizza, insomma, solamente con un atto di volontà novativa da parte del legislatore (eius est abrogare cuius est condere). In caso contrario, si determina la violazione del principio della divisione del potere così come configurato dalla nostra Carta Costituzionale. Sulla base di tali premesse si deve concordare con l'affermazione giurisprudenziale secondo cui la sentenza di condanna definitiva non può essere revocata dal giudice dell'esecuzione se non nel caso di abrogazione di una norma incriminatrice, come espressamente sancito dall'art. 673 c.p.p. Mentre deve escludersi che essa possa essere revocata in ragione di un intervento delle Sezioni unite della Cassazione che, nel dirimere un contrasto giurisprudenziale, escludano, in una vicenda identica a quella coperta dal giudicato di condanna, in assenza di una espressa modifica legislativa».

Considerazioni conclusive

Il lungo e tortuoso processo di affermazione della normativa sovranazionale è scandito da una continua tensione tra l'esigenza di integrazione della normativa europea a quella nazionale ed il contemporaneo bisogno di preservare quel patrimonio di principi fondamentali nei quali risiede, in definitiva, il "volto" dell'identità giuridico-costituzionale italiana.

Il principio di legalità costituisce – quantomeno nella materia penale – un ostacolo invalicabile, considerato lo *ius puniendi* una delle massime espressioni della sovranità nazionale, in quanto tale non cedibile alle sempre più dirompenti forze europee, rappresentate sia dalle istituzioni dell'Unione che dal sistema CEDU. Ancora, deve aversi riguardo al principio di democraticità dei processi decisionali che sfociano nelle scelte di criminalizzazione, ai principi di *ultima ratio* e di necessaria offensività, alle tecniche di redazione delle fattispecie penali che devono conformarsi al principio di determinatezza e, da ultimo, alla proporzionalità della sanzione penale. D'altro canto, però, è indubbio che l'esperienza ormai dilagante della criminalità sovranazionale ponga l'imperante necessità di predisporre una regolamentazione sostanziale, e processuale, sempre più integrata e aperta alla "cooperazione" tra gli Stati membri.

Ci si è chiesti, quindi, se attualmente possa parlarsi di europeizzazione del diritto penale e quali problematiche derivino dalla sua realizzazione. A tal fine, si è reso necessario distinguere il fenomeno a seconda che lo si analizzi nella prospettiva del diritto dell'Unione europea o sotto l'angolo visuale del sistema CEDU.

Con specifico riferimento al diritto delle istituzioni UE, si è dato atto delle innumerevoli tesi elaborate al fine di individuare i beni giuridici c.d. europei che necessiterebbero – secondo i fautori della c.d. "europeizzazione dello *ius puniendi*" – di un intervento europeo, ritenuto indispensabile per fronteggiare l'aggressione a siffatti interessi sovranazionali. Tenuto conto del contrasto sorto già con riferimento a tale questione, che indubbiamente riveste carattere iniziale, ci si domanda come possa disquisirsi sulla attribuzione o meno all'Unione di una competenza penale, diretta o indiretta, se nemmeno è chiaro quali beni

possano rientrare nell'alveo degli interessi propriamente europei. Il serio rischio è di costruire un palazzo le cui fondamenta non sono certamente solide.

Invero, solamente avuto riguardo agli interessi finanziari dell'Unione vi è certezza in ordine alla loro appartenenza all'alveo dei beni giuridici europei, tanto da aver spinto il legislatore europeo a codificare con il Trattato di Lisbona l'art. 86 TFUE il quale, sulla spinta di quanto statuito nel Corpus Juris, conferisce al Consiglio il potere di istituire una Procura europea competente ad individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori di reati, «definiti» dallo stesso regolamento istitutivo della Procura, che ledono i predetti interessi.

Considerate le criticità sopra descritte in ordine alla individuazione dei beni giuridici europei, deve peraltro constatarsi che siffatti interessi appartengono al *genus* dei beni collettivi e funzionali, la cui tutela penale è costruita secondo la logica del pericolo in astratto, che snatura i concetti tradizionali del diritto penale, stridendo, inevitabilmente, con il principio di offensività, sino ad assumere connotati puramente simbolici poiché utilizzato in settori "senza vittima" .

Nonostante le predette difficoltà, dall'analisi compiuta nella presente trattazione è emerso che il diritto dell'Unione informa sempre più a sé i sistemi penali nazionali, utilizzando tecniche che riescono in una certa misura a superare la barriera rappresentata dal principio di legalità statale. Si parla, più comunemente, dei c.d. effetti riflessi del diritto europeo, ove con tale espressione si intende fare riferimento alle interferenze sui sistemi penali che, malgrado non costituiscano il diretto obiettivo delle fonti sovranazionali, si producono in conseguenza della generale operatività dei principi che regolano il rapporto tra ordinamento europeo e singoli ordinamenti nazionali. Si tratta di effetti che si realizzano in via immediata nei sistemi interni, senza alcun intervento dei legislatori nazionali in ragione della "normale penetrazione" delle disposizioni comunitarie negli ordinamenti dei singoli Stati membri.

Tra gli effetti riflessi dell'Unione deve certamente farsi annoverarsi l'obbligo di interpretazione conforme al diritto europeo, la cui operatività si può comprendere solo risolvendo l'annosa questione relativa alla esatta individuazione del *discrimen* tra interpretazione e creazione del diritto, ovvero tra

interpretazione estensiva ed analogia. Una questione che, come noto, già in ambito nazionale determina notevoli incertezze applicative e che, trasposta a livello sovranazionale, desta maggiori problematicità, essendo le disposizioni europee prevalentemente scarne ed ellittiche, tanto da essere state definite «disposizioni senza norme».

Non devono allora stupire le conclusioni a cui è pervenuta la Corte di Giustizia nel caso Pupino che mostra da un lato la non sempre chiara estensione del concetto di interpretazione conforme e dall'altro le incertezze che possono derivare dalla (apparentemente) chiara distinzione tra effetti *in bonam partem* ed effetti *in malam partem*, proposta da una parte della dottrina al fine di ritenere ammissibile la sola interpretazione conforme che determini conseguenze favorevoli per il reo. Ed allora, se già a livello nazionale il *discrimen* che corre tra interpretazione estensiva ed analogia è nei fatti difficile da individuare, la complessità del problema aumenta in modo esponenziale se proiettata nell'ambito sovranazionale.

Anche avuto riguardo all'istituto della disapplicazione (*rectius*: non applicazione) del diritto nazionale in contrasto con l'ordinamento europeo, è stata elaborata la distinzione tra disapplicazione *pro* e *contra reum*. Se l'ordinamento dell'Unione europea non può introdurre direttamente nuove fattispecie incriminatrici, allo stesso modo non può ampliare la sfera di operatività di un precetto penale, poiché altrimenti opinando si creerebbero nuovi fatti di rilevanza penale che sfuggono alla scelta di politica criminale del legislatore interno. Dunque, pur in presenza di un contrasto tra la norma comunitaria e la norma interna, il giudice penale non può disapplicare la seconda a vantaggio della prima, in quanto in tal modo di fatto gli organi dell'Unione europea emanerebbero norme incriminatrici di diretta applicazione. Inoltre, l'istituto della disapplicazione, in tesi generale, secondo la giurisprudenza europea va incontro ad un limite, che è quello della osservanza dei principi generali dell'Unione, tra cui vi sono quei principi, come quello di riserva di legge statale in materia penale, comuni a tutti gli Stati membri.

Siffatta conclusione, tuttavia, non è stata condivisa in alcune occasioni, tra le quali spiccano il caso Trinca e il caso Taricco per le loro conseguenze

dirompenti, atteso che in tali pronunce la dicotomia effetti *in malam partem* e *in bonam partem* sembra saltare, con conseguente estensione dell'area del penalmente rilevante. In particolare, nell'ultimo caso, a fronte della costituzione di una associazione a delinquere finalizzata alla commissione di reati in materia di IVA, la Corte di Giustizia ha stabilito che nell'ipotesi in cui il giudice nazionale dovesse ritenere che dall'applicazione degli artt. 160 e 161 c.p. consegua, «in un numero considerevole di casi», l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una «frode grave» (perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva), si dovrebbe concludere nel senso che le misure previste dal diritto nazionale per combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione non possono essere considerate effettive e dissuasive in quanto in contrasto con la normativa europea. In tale evenienza, secondo la Corte di Lussemburgo, il giudice italiano sarebbe tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione disapplicando le predette disposizioni codicistiche, senza necessità di attendere un intervento legislativo in tal senso o un qualsiasi altro procedimento costituzionale.

Ci si chiede, a questo punto, quale sia l'estensione del compito assegnato dalla Corte di Giustizia al giudice italiano. Innanzitutto, occorre domandarsi se l'obbligo enunciato nel dispositivo della sentenza sia ristretto alla sola materia delle frodi o se, piuttosto, tenuto anche conto della formulazione dell'art. 325, par. 1, TFUE richiamato dalla stessa Corte, possa ritenersi esteso a qualsiasi reato tributario che abbia comportato l'evasione dell'IVA. Ancora, cosa si intende per frode «grave» di cui parlano i giudici di Lussemburgo? Al riguardo, la Corte non fornisce alcuna indicazione di carattere quantitativo. Ed allora, quale soglia minima di gravità fa scattare l'obbligo di disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p.? *Last but not least*, la Corte subordina l'obbligo in parola all'accertamento, da parte del giudice nazionale, che le disposizioni in parola determinino l'impossibilità di infliggere sanzioni effettive e dissuasive contro le frodi gravi «in un numero considerevole di casi». Vi è da chiedersi sulla base di quale parametro il giudice nazionale compirà tale accertamento: attraverso massime di esperienza oppure mediante una specifica attività istruttoria?

Ulteriori profili di criticità emergono avuto riguardo ad altri *escamotage* elaborati dalla Corte di Giustizia con l'obiettivo di ingerirsi sempre più nella materia penale. Ci si riferisce, nello specifico, alla tecnica dell'assimilazione (in senso stretto), la cui evoluzione ha portato poi alla elaborazione degli obblighi giuridici di tutela penale. Siamo certi che dietro queste tecniche non si celino delle vere e proprie competenze dirette in capo all'Unione? Attraverso la prima tecnica si creano vere e proprie fattispecie incriminatrici di conio europeo poiché l'interesse europeo viene assimilato ad un interesse nazionale di natura corrispondente, sicché lo Stato sarà tenuto a garantire al primo lo stesso grado e tipo di tutela predisposto per il secondo: se per quest'ultimo è prevista una tutela penale, anche il primo dovrà beneficiarne.

Da quanto detto, emerge in modo chiaro la frizione di questo modello di tutela dei beni giuridici emergenti nel contesto europeo rispetto al principio di legalità. Da un lato la riserva di legge viene abilmente aggirata e di conseguenza violata, specie perché le ipotesi di assimilazione sono state tutte realizzate attraverso disposizioni aventi efficacia diretta ed immediata negli ordinamenti nazionali. Dall'altro lato, la violazione del principio di legalità coinvolge anche il corollario della determinatezza, tanto che sotto questo profilo si parla di fisiologica carenza di determinatezza del precetto originatosi dalla combinazione della norma assimilatrice con una norma penale nazionale. Tale indeterminatezza è causata dal fatto che l'assimilazione disposta dal legislatore comunitario non interessa il singolo sistema penale ma si rivolge a tutti i diversi ordinamenti facenti parte della costruzione comunitaria. *Last but non least*, con questa tecnica verrebbe violato il principio di tassatività perché assimilare la violazione del diritto UE alla violazione del diritto interno significa estendere analogicamente la fattispecie incriminatrice nazionale a condotte che non sono dalla stessa prese in considerazione.

La Corte di Giustizia, però, non si è fermata qui, elaborando, a partire dalla sentenza sul mais greco del 2009 quelli che più comunemente vengono chiamati obblighi di tutela penale comunitari: da un lato, vi è un criterio di assimilazione in senso ampio, in base al quale la violazione del diritto comunitario deve essere sanzionata secondo modalità non dissimili rispetto a quanto previsto per

violazioni del diritto nazionale «di natura e di importanza similari»; dall'altro lato, è stabilito che le sanzioni siano dotate di «un carattere effettivo proporzionato e dissuasivo», secondo una formula che però nulla dice circa la natura della sanzione e che viene così lasciata alla libera determinazione degli organi nazionali.

Superando la distinzione tra materie appartenenti al primo e al terzo pilastro, si è poi giunti nel 2005 e nel 2007 a due pronunce con le quali la Corte di Lussemburgo ha riconosciuto in favore del legislatore europeo la possibilità di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri, vale a dire riconoscere la competenza delle stesse ad imporre veri e propri obblighi di penalizzazione, vincolanti gli Stati a qualificare come reati le violazioni di determinate disposizioni del diritto comunitario, potendo addirittura incidere non solo sulla scelta della tipologia di misura anche sull'entità della sanzione, se ciò appare giustificato dalla necessità di garantire la piena efficacia delle norme emanate nei settori regolamentati.

È evidente lo scarto che divide queste pronunce da quella precedentemente ricordata inerente al caso "mais greco": lì ci si accontentava che la tutela apprestata dagli Stati avesse un carattere "effettivo proporzionato e dissuasivo" e fosse assimilabile a quella prevista a tutela di interessi di pari dignità; qui si vincola lo Stato ad introdurre nuove ipotesi di reato, sicché il legislatore nazionale si trova ad essere doppiamente vincolato nella determinazione della disciplina a tutela dei beni giuridici di derivazione sovranazionale, sia sotto il profilo dell'*an* della tutela sia sotto quello della scelta del *quomodo*.

La significativa evoluzione giurisprudenziale si cui si è dato ampiamente conto nella presente trattazione è stata infine recepita dal legislatore europeo che con il Trattato di Lisbona ha introdotto, in particolare, gli artt. 83 e 86 TFUE. La prima disposizione normativa, lungi dall'introdurre una vera e propria potestà punitiva diretta europea, prevede, rispettivamente al primo e al secondo paragrafo, una competenza penale indiretta autonoma ed una competenza penale indiretta accessoria.

Il processo di armonizzazione penale, a cui l'art. 83 TFUE fa riferimento, viene così affidato allo strumento della direttiva: cosicché tale competenza

penale europea, pur restando indiretta, obbliga ormai gli Stati membri a dare puntuale attuazione alle disposizioni in cui essa si esprime con la minaccia di un ricorso per inadempimento e di una condanna da parte della Corte di Giustizia. Nello specifico, le direttive, non avendo efficacia diretta, necessitano sempre di un intervento di trasposizione e puntualizzazione da parte degli Stati membri ed è proprio la chiamata in causa dell'organo legislativo nazionale ad evitare che i vincoli europei di penalizzazione si scontrino con il principio di legalità o, per essere più precisi, con il corollario della riserva di legge. Proprio questa necessaria cooperazione fa sì che il riconoscimento delle competenze penali in capo alle istituzioni europee non abbia una portata eversiva rispetto ai principi fondativi del sistema penale, in quanto si tratta pur sempre di una competenza indiretta.

Tuttavia, non va dimenticato che gli Stati membri sono tenuti giocoforza a dare attuazione alle direttive adottate dal Parlamento e dal Consiglio sotto la minaccia di un ricorso per inadempimento e della quasi certa condanna da parte della Corte di Giustizia, e che tutto ciò riduca notevolmente la discrezionalità del legislatore interno nelle scelte punitive è lapalissiano. Il Parlamento, infatti, si trova ad essere privato del suo potere di compiere in piena autonomia fondamentali scelte di politica criminale. Non solo. In alcuni settori assume la veste di mero esecutore di scelte compiute fuori dai confini interni e, più precisamente, in sede europea. Insomma, ad una più attenta analisi il rispetto dei principi penali è solo formale. La domanda che resta sullo sfondo è fino a che punto tale formale rispetto sia una sufficiente garanzia.

Sul fronte del sistema CEDU, negli ultimi anni si è registrata una evoluzione a dir poco esponenziale della giurisprudenza della Corte EDU, tanto da esser divenuta ormai una giurisprudenza fonte che, in quanto tale, stride sensibilmente con il principio di legalità penale statale. Grandi passi in avanti nella direzione della europeizzazione del diritto penale sono stati compiuti a partire dal 2007, quando la Consulta con le sentenze gemelle nn. 348 e 349 ha assegnato alle norme della CEDU valore costituzionale, intese come norme interposte sulla base dell'art. 117, co. 1, Cost.

Certo è che si tratta di un sistema di *case-law*, caratterizzato da una giurisprudenza-fonte che offre nelle sue pronunce risposte concrete a problemi concreti in ragione della specificità del caso di specie e, dunque, dei valori e dei molteplici fattori che ivi vengono in gioco. Ecco allora la difficoltà, se non l'impossibilità, di poter estendere i *dicta* europei oltre il singolo caso oggetto di decisione da parte della Corte di Strasburgo. Tant'è che si profila il rischio per l'organo giudiziario nazionale di incorrere in un uso selettivo, forse anche arbitrario, dei precedenti della Corte EDU, come del resto potrebbe avvenire qualora la decisione del giudice interno si fondasse su un principio accolto in una pronuncia di Strasburgo ma disatteso in altre. Peraltro, la mancanza di coerenza negli orientamenti della Corte EDU, spesso frutto di uno sviluppo casuale, favorisce questo tipo di fenomeni.

Ancora, con riferimento ai rischi legati ad un uso distorto delle pronunce dei giudici di Strasburgo, occorre richiamare le cc.dd. disanalogie, caratterizzate dalla indebita estensione di un principio a situazioni che difettano dei presupposti perché possa essere fatta applicazione del tanto discusso istituto della analogia. La disanalogia, in particolare, si ha in quelle ipotesi in cui un principio, espunto dal contesto fattuale nel quale è stato enunciato, viene indebitamente universalizzato. Ma, un precedente non può comprendersi se l'interpretazione della norma in esso applicata viene espunta dal suo contesto fattuale, in quanto questo potrà, a sua volta, essere preso in considerazione solo ponendo a raffronto le fattispecie e, in caso di analogia, fra i casi trovare applicazione.

Last but not least, nel fare applicazione della giurisprudenza-fonte vi è la non remota possibilità di incappare nel c.d. falso sillogismo (o sillogismo improprio) che si verifica qualora da due premesse vere si deduca una conclusione falsa o non necessaria. Tale profilo di forte criticità è stato affrontato dalla Corte Costituzionale nello "smascherare" il falso sillogismo celato dietro la tesi secondo la quale anche un mutamento giurisprudenziale *in bonam partem* dovrebbe legittimare la revoca della sentenza di condanna. Tale (erronea) conclusione discenderebbe dall'innesto di due diversi principi: quello di retroattività della legge favorevole e quello dell'equiparazione tra giurisprudenza

e legge, principi enunciati in contesti e con finalità diverse, insuscettibili di essere sommati per farne discendere la suddetta conclusione.

Benché, come visto, la Corte di Giustizia abbia elaborato una propria giurisprudenza sul principio di legalità penale, precipuamente in relazione alle competenze sanzionatorie di natura amministrativa delle istituzioni europee, è soprattutto la Corte EDU ad aver fino ad oggi delineato il "volto attuale" dello statuto europeo della legalità nella materia penale. Attraverso l'art. 7 CEDU i giudici di Strasburgo hanno infatti elaborato la c.d. concezione autonomista dei reati e delle pene che, svincolata dalla qualificazione giuridica data dal singolo ordinamento nazionale, assegna o meno rilevanza penale ad una data sanzione sulla base di diversi parametri (i criteri Engel), quali il collegamento con un reato, la funzione repressiva e preventiva di una data misura e la sua gravità. E così, la Corte di Strasburgo, facendo applicazione della teoria in commento, ha riscritto pagine e pagine di manuali di diritto penale, qualificando come criminali sanzioni che per decenni sono state reputate sanzioni amministrative o misure di sicurezza dai singoli Pasi membri che le hanno peraltro codificate.

Ecco che si registra un vivace, quanto inevitabile, contrasto tra le Corti italiane e la Corte di Strasburgo: da un lato le prime sono restie a cedere pezzi di loro "sovranità" ai giudici europei; dall'altro, questi ultimi sono intenti a ritagliarsi spazi sempre più grandi di competenza ed "egemonia" in vista della europeizzazione del diritto penale. Un esempio lampante di quanto appena sostenuto può riscontrarsi nel "botta e risposta" sul noto caso Punta Perotti che ancora oggi non ha visto una fine, attesa la diatriba incessante tra i giudici italiani e quelli di Strasburgo.

Le ripercussioni in ordine alla qualificazione come penale o meno di una data sanzione sono a dir poco rilevanti, attese le implicazioni con taluni principi, quali quello di legalità penale, regolato dallo stesso art. 7 della Convenzione che, secondo la Corte EDU, sancisce i valori della accessibilità e della prevedibilità quali condizioni essenziali ai fini del rispetto del principio in esame. Basti pensare, tra tutti, al recentissimo caso Contrada sul reato di concorso esterno in associazione mafiosa la cui codificazione a livello giurisprudenziale, si badi bene, non è stata oggetto di contestazione da parte dei giudici europei, i quali

hanno sindacato la condanna penale operata dai giudici italiani in ragione della mancata prevedibilità del diritto applicato all'epoca dei fatti, in quanto antecedenti alla sentenza delle Sezioni Unite Demitry del 1994 che per la prima volta aveva fatto chiarezza in ordine alla punibilità del reato *de quo*.

La tensione tra le Corti si registra anche in questo caso giurisprudenziale poiché, inaspettatamente, di recente il giudice del riesame italiano ha rigettato la richiesta di revisione della sentenza di condanna avanzata da Contrada, disattendendo così quanto espressamente, anzi esplicitamente, ha statuito pochi mesi la Corte EDU, con ciò violando l'art. 46 della convenzione che impone ai giudici nazionali di conformarsi alle sue decisioni.

Ancora, la qualificazione come penale di una data sanzione, facendo applicazione dei criteri Engel di matrice europea, chiamano alla mente il principio di *ne bis in idem* processuale a cui la Corte di Strasburgo ha fatto riferimento nella sentenza Grande Stevens in materia di abusi di mercato.

Dall'analisi sin qui svolta, non può negarsi che il modo di concepire il diritto penale, sino a ieri considerato l'ultimo baluardo della sovranità nazionale, tendenzialmente chiuso a influenze estranee, sta profondamente cambiando. La cittadella fortificata della riserva di legge nazionale in materia penale sta vacillando sempre più vistosamente sotto la pressione dei c.d. effetti riflessi dell'Unione, degli obblighi di fonte europea e della giurisprudenza delle Corti sovranazionali. Anzi, sorprendentemente, il diritto europeo – nella sua duplice veste di diritto dell'Unione europea e di sistema CEDU – sta oggi penetrando nell'ordinamento nazionale proprio attraverso le maglie dell'argomentazione giudiziale, anche in una materia come quella penale formalmente dominata dal principio di legalità.

Dall'analisi svolta emerge che la reticenza ad accogliere una concezione europeista in materia penale non è frutto dell'idea secondo cui ogni giurista è portatore di una sua cultura formatasi lentamente nel corso della propria vita di studio e di lavoro e pertanto difficilmente modificabile sulla base di impulsi esterni. Le problematicità e le criticità legate alla europeizzazione del diritto penale, che sta prendendo sempre più piede negli ordinamenti nazionali, certamente vi sono, come si è potuto constatare. Ma il continuo scontro tra le

Corti non aiuta a dipanare la matassa, creando al contrario un diritto penale confusionario, ove regna il *caos*, a discapito dello stesso principio di legalità che richiede, tra l'altro, che cittadini siano messi nelle condizioni di "calcolare" le conseguenze che derivano dalle proprie condotte.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *All'incrocio tra Costituzione e CEDU, Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*. Atti del Seminario (Ferrara, 9 marzo 2007), Giappichelli, Torino, 2007, *e-book*

AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2008.

AA.VV., *Tavola rotonda: Il* "Corpus Juris" *e le prospettive di riforma del sistema repressivo 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 strutturali*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 341 ss.

ABBADESSA G., *Guida in stato di ebbrezza e divieto di applicazione retroattiva della confisca del veicolo (Corte cost. n. 196/2010)*, in *Dir. pen. contemp.*, 2010

ADINOLFI S., *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com*, 1994, p. 521 ss.

ADINOLFI A., *Principi costituzionali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com*., 1994, p. 521 ss.

ALBANO L.F., *Le norme programmatiche della CEDU e l'ordinamento italiano*, in *Riv. Intern. Dir. Uomo*, 1991, p. 719 ss.

ALESSANDRI A., *Parte generale*, in PEDRAZZI C.– ALESSANDRI A.– FOFFANI L.– SEMINARA S.– SPAGNOLO G., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Monduzzi editoriale, Bologna, 2000, p. 25 ss.

ALESSANDRI A., *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per Federico Stella*, II, Napoli, 2007, 930 ss.

ALESSANDRI A., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro. Un'introduzione*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 11 ss.

AMATI E., *Abusi di mercato e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2012

AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1976

AMATO G., sub *art. 13*, in AA.VV., *Rapporti civili*, in *Comm. della Cost. Branca*, Bologna–Roma, 1977

AMATO G., *La giurisprudenza costituzionale nell'anno 1995 in tema di rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: verso una «quarta fase»?*, in *Foro it.*, 1996, V

AMATO G., *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 1966, p. 270 ss.

AMATO G., *Con l'addio alla giurisprudenza prevalente la Cassazione dimentica i differenti beni tutelat*i, in *Guida al dir.*, 2002, p. 64 ss.

AMODIO E., *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, p. 432 ss.

ANGELILLIS C., *Lottizzazione abusiva: la natura giuridica della confisca all'esame di CEDU e Corte Costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 2008

ANGELILLIS C., *Lottizzazione abusiva: la confisca nei confronti del terzo alla resa dei conti,* in *Cass. Pen.*, 2009, p. 2553 ss.

ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983

APRILE E., I *rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea, dopo la sentenza della Corte di giustizia sul caso "Pupino" in materia di incidente probatorio*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 1174 ss.

APRILE E., *I "meccanismi" di adeguamento alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella giurisprudenza penale di legittimità*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 3216 ss.

APRILE E.–SPIEZIA F., *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2009

ARMONE G., *La Corte di giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 2006, p. 595 ss.

ARMONE G., *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole come diritto fondamentale nella giurisprudenza multilivello*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, in *www.europeanrights.eu*

BACIGALUPO G., *Studio comparativo del diritto penale degli Stati membri della UE sulla repressione o «lavaggio» di denaro illecitamente ottenuto*, in PALOMBI E. (a cura di), *Il riciclaggio dei proventi illeciti: tra politica criminale e diritto vigente*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1996, p. 99 ss.

BACIGALUPO G., *L'applicazione del diritto penale e la uguaglianza davanti alla legge. Un quadro europeo*, in COCCO G. (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Cedam, Padova, 2005, p. 7 ss.

BACIGALUPO G., *La tutela degli intessi finanziari della Comunità: progressi e lacune*, 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, Giuffré, 2000, p. 25 s.

BALDUZZI R.-SORRENTINO F., voce *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, XL, 1989, p. 1216 ss.

BALSAMO A.-PARASPORO C., *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 3183 ss.

BARBUTO M., *Reati edilizi e urbanistici*, in *Giur. sistem. dir. pen.*, 1995, p. 574 ss.

BAZZOCCHI V., *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni-quadro*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 886 ss.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, Feltrinelli, Milano, 1999

BERND SCHÜNEMANN (a cura di), *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, ed. it. a cura di MILITELLO V., Giuffrè, Milano, p. 93 ss.

BERNARDI A., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 673 ss.

BERNARDI A., *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, in AA.VV., *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 245 ss.

BERNARDI A., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in GRASSO G.-SICURELLA R., *Per un rilancio del progetto europeo: esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 381 ss.

BERNARDI A., *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 37 ss.

BERNARDI A., *"Riserva di legge" e fonti europee in materia penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara* – Scienze giuridiche, vol. XX, 2006, p. 60 ss., 80 ss.

BERNARDI A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004

BERNARDI A., *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei, in Riv. trim, dir. pen. ec.,* 2002, p. 822 ss.

BERNARDI A., *«Principi di diritto» e diritto penale europeo*, in *Annali dell'Università di Ferrara- Scienze giuridiche*, Vol. II, 1988, p. 208 ss.

BERNARDI A., *Sui rapporti tra diritto penale e "soft law"*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. I, Jovene, Napoli, 2011, p. 3 ss.

BERNARDI A., *Sui rapporti tra diritto penale e "soft law"*, in *Riv. it. Dir e proc. pen.*, 2001, P. 536 ss.

BERNARDI A., sub *art. 7*, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 249 ss.

BERNARDI A., *Europeizzazione del diritto e il progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 8 ss.

BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in PALIERO C.E.–VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, 2013

BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. contemp.*, p. 51 ss.

BERNARDI A., *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, in *Ann. Dell'Università di Ferrara*, 1996, p. 82 ss.

BERNARDI A., *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 30 ss.

BERNARDI A., *Nessuna pena senza legge*, in BARTOLE S.-CONFORTI B.-RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 252 ss.

BERNARDI A., *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2007, p. 1171 ss.

BIN R., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Franco Angeli, Milano, 2014

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*, Giappichelli, Torino, 2005

BINDI E., *Tradizioni costituzionali comuni e valore del Trattato costituzionale europeo*, in STAIANO S. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 533 ss.

BOSCARELLI M., *Rèflexion sur l'influence du droit communautaire su le droit pènal des Etats membres*, in *Droit communautaire et droit pènal*, Milano, 1981, p. 85 ss.

BOSI M.-SOTIS C., *Il bizzarro caso dei pesci "in malam partem". Osservazioni in tema di pesca del novellame sui rapporti tra disapplicazione dell'atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario*, in *www.penalecontemporaneo.it*

BRESCIANOM.-PALADINO A., *I reati urbanistici,* Giuffrè, Milano, 2000

BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1964

BRICOLA F., *Rapporti civili*, sub *art. 25, 2° e 3° comma,* in BRANCA (a cura di), *Comm. Della Cost.*, Bologna-Roma, 1981

BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, 1973, p. 7 ss., ora in ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, vol. I/1, p. 539 ss.

BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in *Ind. Pen.*, 1968, p. 5 ss.

BRICOLA F., *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in AA.VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, Cedam, Padova, 1968, p. 189 ss.

BUZZELLI S., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo — parte I*, in *Riv. il. Dir. e proc. pen.*, 2010, p. 389 ss.

CADOPPI A., *Offensività e colpevolezza: verso un codice penale modello per l'Europa*, Cedam, Padova, 2002

CALLARI F., *La* firmitas *del giudicato penale. Essenza e limiti,* Giuffrè, Milano, 2009

CALVANO R., *Il caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto Ue e diritto comunitario*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*

CALVANO R., *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza 348/2007: Orgoglio e pregiudizio?*, in *Giur. It.*, 2008, p. 573 ss.

CAPELLI F., *I principi generali come fonte di diritto*, in *Dir. Com. scambi intern.*, 1986, p. 545 ss.

CAPPELLETTI M., *Giustizia costituzionale soprannazionale*, in *Riv. Intern. Dir. Comp.*, 1981, p. 647 ss.

CAPOTORTI F., *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. Com. scambi intern.*, 1983, p. 409 ss.

CAPPUCCIO L., *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, in *Foro it.*, I, 2008, p. 47 ss.

CAPRIOLI F., *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale,* in BARGIS (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano, 2013, p. 263 e ss.

CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale*, *Parte gen.*, II ed., Cedam, Padova, 2005, p. 11 ss.

CARBONI G., *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Giuffrè, Milano, 1970

CARCATERRA G., voce *Analogia I) Teoria generale*, in *Enc. Dir.*, Vol. II, Treccani, p. 7

CARLASSARE L., *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, Annali, Vol. II, t. 2, 2008, p. 536 ss.

CARLIZZI G., *La teoria della successione di leggi nel tempo sul banco di prova del "caso Scoppola" e dei casi analoghi,* in *Diritto penale contemporaneo,* 2013, n. 2, p. 27 ss.

CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995

CASSESE S., *I tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009

CASSESE S., *La costituzione europea: elogio della precarietà*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 71 ss.

CASTELLANETA M., *Si riducono i tempi per l'adozione degli atti di cooperazione penale*, in *Guida al Dir.*, 2007, n. 6, p. 18 ss.

CATENACCI M., *"Legalità" e "tipicità" del reato nello Statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 153 ss.

CATENACCI M., *La tutela penale dell'ambiente*, Cedam, Padova, 1996, p. 92 ss.

CATERINI M., *Reato impossibile e offensività: un'indagine critica*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2004

CATTANEO A., *Riflessioni sull'umanesimo giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004

CENTONZE A., *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 417

CESARINI SFORZA W., *La crisi delle fonti*, in *Arch. Giur.*, 1936, p. 18 ss.

CHERUBINI F., *L'obbligo di interpretazione conforme sconfina nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 159

CHIAVARIO M., L*a Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1969

CHIAVARIO M., voce *"Norma (dir. Proc. Pen.)"*, in *Enc. Dir.,* XVIII, Milano, 1978, p. 439 ss.

CIAMPA G., *Il fascio d'ortiche e la monade infranta: conformità al tipo e offensività della condotta nella sistematica dei reati di falso*, Aracne, Roma, 2012

CIANCI S., *Gli operatori del diritto e i diritti dell'uomo*, in *Giust. Pen.*, 1982, III, p. 313 ss.

CIVELLO G., *Rimessa alla Grande Chambre la questione della confisca urbanistica in presenza di reato prescritto: verso il superamento della sentenza "Varvara"?*, in *www.archiviopenale.it*

CIVELLO CONIGLIARO S., *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, in *Dir. pen. contemp.*, 4 maggio 2015

COMPORTI M., *La giusta indennità espropriativa tra giurisprudenza europea e giurisprudenza italiana*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, p. 37 ss.

CONFORTI B*., Il ruolo del giudice nel diritto internazionale*, in *European Journal of Legal Studies*, n. 1/2007, p. 1 ss.

CONFORTI B., *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, in *Giur. it.*, 2008, p. 569 ss.

CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 1997

CONTI R., *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Aklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in *www.diritticomparati.it*, 6 marzo 2013

CONTI R., *Il giudice penale italiano e il diritto dell'Unione europea: un approccio non più differibile. Giudice comune e diritto dell'Unione europea. Cinque buone ragioni pratiche per diventare giudici comuni di diritto eurounitario*, in *Dir. pen. Contemp.*, p. 14

COPPI, *Appunti in tema di malversazione a danno dello Stato e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Vassalli*, I, Milano, 1991, p. 575 ss.

CONSULICH F., *La giustizia e il mercato*, Giuffrè, Milano, 2010

CORBI F., voce *Esecuzione penale,* in *Dig. disc. pen., vol.* IV, Torino, 1990

COSTA P., *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, p. 1 ss.

COZZOLINO L., *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in FALZEA P.-SPADARO A.-VENTURA L. (a cura di), *La Corte costituzionale e le corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 5 ss.

CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nella materia penale*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2012, p. 293 ss.

CUPELLI C., *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012, p. 535 ss.

D'AMICO M., *Il* favor rei *fra legislatore nazionale e vincoli comunitari*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 177 ss.

DANIELE L., *Trattato di Lisbona: addio all'idea federalista per superare gli ostacoli degli euroscettici*, in *Guida al dir.,* 2007, n. 6, p. 11 ss.

DANNECKER G., *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1991, p. 994 ss.

DE AMICIS G., *Il principio di legalità nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *I quaderni europei*, ottobre 2009, n. 8

DE AMICIS G., *Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti Europee, in Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, in *www.europeanrights.eu*, 2010

DE FRANCESCO G.A., I*l principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione. Suggestioni teleologiche ed esigenze politico-criminali nella ricostruzione dei presupposti costituzionali di «riconoscibilità» dell'illecito penale*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1996, p. 65 ss.

DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, 1964

DELLO RUSSO A., *Confisca dei suoli abusivamente lottizzati in caso di prescrizione del reato: profili nuovi ed antichi (ancora irrisolti) di incostituzionalità*, in *Giust. pen.*, 2008, p. 523 ss.

DELMAS-MARTY M., *Politica criminale e diritti dell'uomo*, in *Indice pen.*, 1988, p. 205 ss.

DELMAS MARTY M., *Pour un droit commun.*, Parigi, 1998, p. 158 ss.

DELMAS-MARTY M., *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 141 ss.

DELMAS MARTY V., *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, p. 545 ss.

DELMAS MARTY V., *Il sorgere di un diritto penale dell'Unione europea*, in S. MOCCIA (a cura di), *Diritto dell'uomo e sistema penale*, 1998, p. 520

DEL TUFO, *Problemi di adeguamento del diritto penale alle convenzioni internazionali in tema di stupefacenti*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1977, p. 211 ss.

DE SCHUTTER, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, un essai de demolition*, in *Revue de droit international des sciences diplomatiques et politiques*, 1992, p. 83 ss.

DE VERO G., *Corso di diritto penale*, I, Giappichelli, Torino, 2004, p. 263 ss.

DE VERO G., *Il* Corpus Juris *e le prospettive di riforma del sistema repressivo 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 strutturali*. Atti del Seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo in collaborazione con la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Catania, Catania, 18-19 giugno 1998, Giuffrè, Milano, 2000, p. 386 ss.

DE VERO G., *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela. Relazione al convegno "Per un rilancio del progetto europeo: esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale in attesa della Costituzione per l'Europa"*, Catania, 24-26 maggio 2007, in *www.lexunict.it/10yearsconference/contents*

DE VERO G., *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in G. DE VERO-G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee*, Giappichelli, Torino, 2007

DI DIO F., *Lottizzazione abusiva, confisca, demolizione: il caso «Punta Perotti» nell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'amb*., 2009, p. 737 ss.

DI GIOVINE O., *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in *www.penalecontemporaneo.it*

DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Diritto pen. contemp*., 2013, p. 159 ss.

DI GIOVINE O., *L'evoluzione dell'art. 25 Cost. nel pensiero del nuovo costituente*, in *Cass. Pen*., 1998, p. 356 ss.

DI GIOVINE O., *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, p. 2249 ss.

DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. contemp*., 12 giugno 2016

DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 92 ss.

DI MARTINO A., P*ossibile l'applicazione della pena più mite anche se affetta da illegittimità "europea",* in *Guida al dir.*, 20/2005, p. 105 ss.

DOLCINI E., *Leggi penali* ad personam, *riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., 2004, p. 50 ss.

DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 63 ss., p. 87 ss.

DONINI M., *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1814.

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004

DONINI M., *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, in R*iv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 477 ss.

DONINI M., *Il diritto penale differenziato. La coesistenza di classico e postmoderno nella penalità contemporanea*, in *Crit. Dir.*, 2006, p. 277 ss.

DONINI M., *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in DONINI M.-CASTRONUOVO D. (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti,* Cedam, Padova, 2007, p. 244 ss.

DONINI M., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, p. 115 ss.

DONINI M., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2003, 141 ss.

DONINI M., *Teoria del reato*, Cedam, Padova, 1996

DONINI M., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 2001, p. 27 ss.

DUNI G., *Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 53 ss.

EPIDENDIO T.E., *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Giuffrè, Milano, 2007

ERASMO G., *La scriminante dell'uso legittimo delle armi ed il "diritto vivente" della cassazione*, in *Il Nuovo dir.*, 2004, p. 655 ss.

ESPOSITO A., *Il principio di legalità*, in LATTANZI G.– MONETTI U. (a cura di), *La Corte penale internazionale*, Milano, 2006, p. 219 ss.

ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile": quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, Torino, 2008

ESPOSITO A., *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *Dir. pen. contemp.*, 2 ottobre 2015

FABBRO, *Truffa per il conseguimento delle erogazioni pubbliche: davvero una circostanza aggravante?*, in *Cass. pen.,* 2003, p. 2326 ss.

FAVALE A., *Possibile efficacia diretta delle decisioni-quadro nell'ambito della politica di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2005

FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002

FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico – istituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, p. 137

FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss., p. 92 ss.

FIANDACA G., *L'offensività è un principio codificabile?*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p. 111 ss.

FIANDACA G.–MUSCO M., *Diritto penale, parte generale*, IV ed., Zanichelli, Bologna, 2001

FIANDACA G.–MUSCO M., *Diritto penale, Parte gen.*, VI ed., Zanichelli, Bologna, 2009

FIANDACA G.-MUSCO M., *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1994, p. 27 ss.

FIORAVANTI L., *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Giuffrè, Milano, 2001

FIORE C., *Il principio di offensività*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 69 ss.

FIORE C., voce *Ordine pubblico*, in *Enc. Dir.*, XXX, 1980, p. 1084 ss.

FIORE S., Ratio *della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica dei reati di falso*, Jovene, Napoli, 2000

FIORELLA A., I *principi generali*, in GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXV, Padova, 2001, p. 19 ss.

FIORELLA A., *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in CONTI L., *Il diritto penale dell'impresa*, Cedam, Padova, 2001

FIORELLA A., voce *Reato (in generale)*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987, p. 770 ss.

FLICK G.-NAPOLEONI V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della corte edu, 4 marzo 2014*, *sul market abuse*, in *www.rivistaaic.it*

FOFFANI L., *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo. Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, Giuffrè, Milano, 2006

FOFFANI L., *Art. 180-185 d.lgs. n. 58/1998*, in PALAZZO F.-PALIERO E., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., 2007, p. 713 ss.

FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bononia University press, 2007

FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano

FORNASARI, *Introduzione ai sistemi penali europei*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, 2° ed., Giappichelli, Torino, 2006

FORNASARI G., R*iserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in FONDAROLI D. (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Cedam, Padova, 2008

FORNASARI G.-MENGHINI A., *Percorsi europei di diritto penale*, Cedam, Padova, 2008

FRANCAZANI M., *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2003

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. I, *La legge penale*, Giappichelli, Torino, 1999

GALLO M., *Luci ed ombre su un sistema penale europeo*, in MOCCIA S. (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli, 2004, p. 353.

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, *Parte I, La fattispecie oggettiva*, Giappichelli, Torino, 1999

GAMBARDELLA M., *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva "rimpatri") nell'ordinamento italiano*, 2011, in *www.penalecontemporaneo.it*

GAMBARDELLA M., *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2020 ss.

GATTO A.-RANALDI G., voce *Esecuzione penale*, in *Enc. dir., Agg.*, IV, Milano, 2000

GATTO A.-SANTORIELLO C., *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile,* in *Dir. pen. proc.,* 2012, p. 1201 ss.

GHERA F., *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, in *Foro it.*, 2008, I, p. 50 ss.

GIALUZ M., *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. p. 330 ss.

GIANNINI M.S., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, p. 179 ss.

GIUNTA F., *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientistici*, in *Pol. Dir.*, 2000, p. 270 ss.

GOVERNA R., *Davvero compatibile la confisca con la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione?*, in *Giur. it.*, 2012, p. 925 ss.

GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010

GRASSO G., *Il* Corpus Juris *e il progetto di Costituzione europea*, in GRASSO G.-SICURELLA R., *Il* Corpus Juris *2000. Modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Giuffrè, Milano, 2003

GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1989

GRASSO G., *L'armonizzazione ed il coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Nuvolone*, II, Milano, 1991, p. 109 ss.

GRASSO G., *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie,* in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1993, p. 739

GRASSO G., *Verso un diritto penale comuniatrio: i progetti di Trattato concernenti l'adozione di una regolamentazione comune in materia di repressione delle infrazioni alle normative comunitarie ed in materia di responsabilità e di tutela penale dei funzionari e degli altri agenti delle Comunità*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1982, p. 637 ss.

GRASSO G., *Diritto penale e integrazione europea*, in GRASSO G.-SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 65 ss.

GRASSO G., *Le prospettive di formazione di un diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 135 ss.

GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989

GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale: i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Giuffrè, Milano, 1989

GRASSO G., *Il* Corpus Juris *e il progetto di Costituzione europea*, in GRASSO G.-SICURELLA R., *Il* Corpus Juris *2000. Modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003, p. 5 ss.

GRASSO G., *Relazione di sintesi*, in ID. (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità Europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 398 ss.

GRASSO G., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. Int. Dir. Uomo*, 1991, p. 617 ss.

GRASSO G., I*l Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, Vol. IV, p. 2335 ss.

GRASSO G. (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione: l'esempio dei fondi strutturali*. Atti del Seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo in collaborazione con la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania, Catania, 18-19 giugno 1998, Giuffrè, Milano, 2000

GRASSO G. (a cura di), *Verso uno spazio giudiziario europeo.* Corpus Juris *contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 1997

GRASSO G., *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in GRASSO G.- SICURELLA R. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2003

GRASSO G.-PICOTTI L.-SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011

GRASSO G., *Dopo il Trattato di Lisbona: quale «sistema penale» europeo?*, in GRASSO G.-PICOTTI L.-SICURELLA R., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011

GRASSO G., *Diritto penale e integrazione europea*, in GRASSO G.-SICURELLA R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 7 ss.

GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale: i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 255 ss.

GRASSO G.-SICURELLA R., *Per un rilancio del progetto europeo: esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, Milano, 2008

GRASSO G.-SICURELLA R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, 2007

GRASSO G.-SICURELLA R. (a cura di), I*l Corpus juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Giuffrè, Milano, 2003

GRASSO G.-PICOTTI L.-SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011

GRATANI A., *Un campanello di allarme della crisi dei poteri in Italia*, in *Riv. giur. dell'amb.,* 2009, p. 673 ss.

GREMENTIERI V., voce *Consiglio d'Europa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. III, 1989 p. 419 ss.,

GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 15 ss., p. 43 ss., p. 71 ss.

GROSSI P., *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, in *Quaderni fiorentini*, 2003, p. 39 ss.

GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma, 2006

GUERINI U., *Il diritto penale dell'Unione europea. La normativa, la dottrina, la giurisprudenza europea in materia penale e la cooperazione giudiziaria*, Giappichelli, Torino, 2008

HASSEMER W., *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 108 ss.

HEDIGAN J., *The European Court of Human Rights: Yesterday, Today and Tomorrow, in German Law Journal*, n. 12/2011, p. 1716 ss.

ICHINO G., *L' "affaire Scoppola c. Italia" e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2010, 2, p. 841 ss.

IERMANO A., *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato* ex *art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Spazio europeo e diritti di giustizia*, A. DI STASI (a cura di), Cedam, Padova, 2014, 30 ss.

INFANTE G., Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, p. 851 ss.

INSOLERA G., *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 62 ss.

INSOLERA G., *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. proc. Pen.*, 2007, p. 671 ss.

INSOLERA G.-MANES V., *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?,* in *Cass. Pen.*, 2005, p. 2764 ss.

IRTI N., *La filosofia di una generazione*, in ID., *Diritto senza verità*, GLF Editori Laterza, Roma-Bari, 2011

ITZCOVITCH G., *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Dir. Pubbl. com. eur.*, 2009, p. 49 ss.

IZZO, *La Corte di Giustizia sul falso in bilancio richiama i giudici al rispetto di principi fondamentali*, in *Il Fisco*, 2005, p. 4746 ss.

KELSEN H., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981

KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1990

JESCHECK H.H., *La tutela penale dei beni giuridici dell'Unione Europea*, in PICOTTI L. (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, Milano, 1999, p. 121 ss.

LAMARQUE E.-VIGANÒ F., *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte Costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo), in Giur. it.,* 2014

LANZI A., *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983

LAZZERINI N., *Il contributo della sentenza Akerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2013, pp. 907 ss.

LECCESE M., *Sulla natura giuridica della confisca disposta in caso di lottizzazione abusiva*, in *Dir. formaz.*, 2004, p. 220 ss.

LÉVI-STRAUSS C., *Il pensiero selvaggio, 1966*, in *Il Saggiatore*, 2010, p. 30 ss.

LO MONTE E., *Le disfunzioni dell'intervento penale in tema di criminalità economica*, in *Ind. Pen.*, 1999

LONATI S., *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all'obbligo di conformarsi alle condanne europee: l'inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione,* in *Giur. cost.,* 2011

LONGO A., *Alcune riflessioni sui rapporti tra l'interpretazione conforme a diritto comunitario e l'utilizzo del canone di equilibrio finanziario da parte della Corte Costituzionale*, in *Consulta OnLine*, par. 3.

LORENZETTO E., *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 1738 ss.

LOSAPPIO G., *Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale*, Cacucci, Bari, 2004

LUNGHINI G., *La manipolazione del mercato*, in *Dir. proc. Pen.*, 2005, p.1474 ss.

LUPÀRIA (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul* cybercrime (L. 18 marzo 2008, n. 48), Giuffrè, Milano, 2009

MAGRO M.B., *Le manipolazioni del mercato tra illecito penale ed illecito amministrativo*, in *Cass. Pen*. 2007, p. 56 ss.

MAIELLO V., *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, in *Dir. proc. Pen.*, 2010, p. 440 ss.

MAIELLO V., *Il rango della retroattività della l*ex mitior *nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv. dir. proc. Pen.*, 2008, p. 1614 ss.

MANACORDA S., *Le droit pénal et l'Union européenne: esquisse d'un sisteme, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2000, p. 99 ss.

MANACORDA s., *L'efficacia espansiva del diritto comuniatrio sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, p. 16 ss.

MANACORDA S., *Alle soglie di un diritto penale dell'Unione europea? Problemi e prospettive di una competenza penalistica "diretta" nel progetto di Costituzione*, intervento al Congresso internacional de Culturas y Sistemas Juridicos Comparados, Città del Messico, Febbraio, 2004

MANACORDA S., *Unione europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di sviluppo*, in *Studium Juris*, 1997, p. 955 ss.

MANACORDA S., *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale, a cura della Fondazione Centro Internazionale su diritto e società*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 46 ss.

MANACORDA S., *Los extrechos caminos de un derecho penal de la Union Europea. Problemas y perspectivas de una competencia penal "directa" en el Proyecto de Tratado Constitucional*, in *Criminalia*, 2004, p. 208 ss.

MANACORDA S., *Dalle carte dei diritti a un diritto penale* "à la carte"? *Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*

MANES V., *Il Giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto nazionale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica, Roma, 2012

MANES V., *L'incidenza delle "decisioni-quadro sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale,* in *Cass. Pen., 200*6, p. 1150 ss.

MANES V., *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in* malam partem, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 90 ss.

MANES V., *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Frasario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. 95 ss.

MANES V., *L'applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo* multilevel, in *Quad. cost.*, 2/2007, p. 374 ss.

MANES V., *Il nuovo «falso in bilancio» al cospetto della normativa comunitaria*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1216 ss.

MANES V., *Il principio di offensività. Tra codificazione e previsione costituzionale*, in DE FRANCESCO G.-VENAFRO E. (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Giappichelli, Torino, 2002

MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005

MANES V., *Art. 7, comma 1*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2011

MANES V., *Principi costituzionali in materia penale - Giurisprudenza sistematica*, 2014, in *www.cortecostituzionale.it*

MANFREDONIA B., *La confisca quale sanzione c.d. amministrativa e la tutela del terzo estraneo al reato: profili di illegittimità costituzionale?*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 1035 ss.

MANNA A., *Introduzione al diritto penale dell'impresa*, in ID. (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Cedam, Padova, 2010, p. 7 ss.

MANNA A., *Tutela penale del risparmio e novità in tema di* insider trading *e manipolazione del mercato a seguito della legge comunitaria del 2004*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2005, p. 659 ss.

MANNOZZI G.–CONSULICH F., *La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 2006, p. 899 ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2007

MANTOVANI F., *Diritto penale, parte gen.*, VI ed. agg., Cedam, Padova, 2009

MANTOVANI F., *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2011

MANTOVANI F., *L'esercizio di attività non autorizzata. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 11 ss.

MARCHEGIANI M., *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, p. 563 ss.

MARCOLINI S., *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 3492 ss.

MARI A., *Uso delle armi, come la corte "inciampò" sulle fonti comunitarie. Equiparati i regolamenti CE e la Convenzione CEDU*, in *Dir. e giust.*, 2003, p. 14 ss.

MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 37 ss.

MARINI G., voce Nullum crimen, nulla poena sine lege, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 954 ss.

MARINI G., voce Nullum crimen nulla poena sine lege, in *Enc. Dir.*, XXVIII, 1978, p. 954 ss.

MARINO G., *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità* ex *art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *www.penalecontemporaneo.it*

MARINUCCI G., *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Giuffrè, Milano, 2009

MARINUCCI G.–DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, parte gen.*, III ed., Giuffrè, Milano, 2009

MARINUCCI C.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2012

MARINUCCI G.–DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001

MARTUSCELLI M., *La lottizzazione abusiva*, Giuffrè, Milano, 2012

MASSA M., *Confisca (dir. pen. e dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1989, p. 980 ss.

MASSARO A., *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2015

MASTROGIULIO G., *La tutela penale degli interessi finanziari dell'UE dopo il Trattato di Lisbona: luci e ombre*, in Ind. Pen., 2010, p. 227 ss. e spec. p. 242

MAUGERI A.M., *Principi fondamentali del diritto penale e sanzioni comunitarie: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in GRASSO G.-SICURELLA R., *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 83 ss.

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 strutturali*. Atti del Seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo in collaborazione con la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Catania, Catania, 18-19 giugno 1998, Giuffrè, Milano, 2000, p. 170 ss.

MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001

MAUGERI A.M., *La confisca per equivalente* – ex *art. 322 ter – tra gli obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 2011, p. 791 ss.

MAZZACUVA F., *A proposito della "interpretazione creativa" in materia penale: nuova garanzia o rinnovata violazione di principi fondamentali?* In *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. I, 2006, p. 437 ss.

MAZZACUVA F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, in CADOPPI A.-CANESTRARI S.-MANA A.-PAPA M. (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Utet Giuridica, p. 246 ss.

MAZZACUVA F., *Un* "hard case" *davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1540 ss.

MAZZACUVA F., *L'interpretazione evolutiva del* nullum crimen *nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 426 ss.

MAZZINI G., *Prevalenza del diritto comunitario e non obbligatorietà della legge penale: un rapporto interessante, ma non sostenibile,* in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 2002, p. 361 ss.

MAZZINI G., *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, p. 351

MENDOZA R., *Lottizzazione abusiva: confisca obbligatoria e sentenza di accertamento*, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 1308 ss.

MEZZETTI E., *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati membri*, Cedam, Padova, 1994

MEZZETTI E., *Quale giustizia penale per l'Europa? Il «Libro verde» sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di un pubblico ministero europeo*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 3953

MEZZETTI E., *Il falso in bilancio fra Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana (passando attraverso i principi supremi dell'ordinamento costituzionale)*, in *www.giurcost.org*ss.

MIEDICO M., *Illecito penale o illecito amministrativo,* in *Le società*, 2007, p. 623 ss.

MILITELLO V., *Iniziative sopranazionali di lotta alla criminalità organizzata ed al riciclaggio nell'ambito delle nuove tecnologie*, in PICOTTI L. (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Cedam, Padova, 2004, p. 102 ss.

MILITELLO V., *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in MILITELLO V.-PAOLI L.-ARNOLD J. (a cura di), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Milano, 2000, p. 38 ss.

MILITELLO V., *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta europea*, in Dir. pen. XXI sec., 2003, p. 62 ss.

MIRATE, *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte costituzionale inaugura il giudizio di "convenzionalità"* ex *art. 117 Cost.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 65 ss.

MOCCIA S. (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004

MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1993, p. 343 ss.

MOCCIA S., *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2001, p. 51, p. 60 e p. 110

MOCCIA S., *L'involuzione del diritto penale in materia economica e le fattispecie incriminatrici del* Corpus Juris *europeo*, in BARTONE N. (a cura di), *Diritto penale europeo: spazio giuridico e rete giudiziaria*, Cedam, Padova, 2001, p. 40 ss.

MOCCIA S., *Funzione della pena e implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 929 ss.

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, p. 27 ss.

MODUGNO F., *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?* (2008), in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*

MONGILLO V., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci ed ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite,* in *Riv. it. dir. e proc. pen*., p. 1738 ss.

MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto o illecito amministrativo*, in *Dir. proc. Pen.*, 2006, p. 137 ss.

MUSCO M., *L'illusione penalistica*, Giuffrè, Milano, 2004

MUSIO C., *Il "caso Scoppola" dalla Corte Europea alla Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2011, 1, p. 208 ss.

NASCIMBENE B., *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, in *Il Corriere giur*., 2008, p. 137 ss.

NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritti penale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 57 ss.

NEBBIA, *Diritto comunitario e sanzioni penali per violazione delle norme di bilancio: il caso Berlusconi*, in *Giur. It.*, 2006, p. 293 ss.

NIZZO C., *L'art. 5 del Trattato CE e la clausola generale di buona fede nell'integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, p. 381 ss.

NOBILI M., *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998, p. 204

ONIDA V., *Quando il giudice decide a metà*, in *Il Sole 24 Ore*, 4 maggio 2005PELISSERO M., *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche,* in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1991, p. 923 ss.

OST F., *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e pluralismo normativo*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 29 ss.

OST F.-VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramde au réseau. Pour une theorié dialectique du droit, Facultés universitaires Saint-Louis*, Bruxelles, 2002

NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006

NICOSIA E., *Quando la confisca è lesiva dei diritti dell'uomo*, in *Riv. giur. Amb.*, 2009, p. 679 ss.

PADOVANI A., I*l crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Indice pen.*, 1999, p. 527 ss.

PADOVANI T., *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1995, p. 634 ss.

PADOVANI T., *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni fra storia e politica criminale*, in MARINUCCI G.–DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985

PAGALLO U., *Testi e contesti nell'ordinamento giuridico: sei studi di teoria generale del diritto*, Cedam, Padova, 2001

PAGLIARO A., P*rincipi di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003

PAGLIARO A., *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1969, p. 694 ss.

PAGLIARO A., *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali*, in *Il Tommaso Natale*, 1977 (Studi Bellavista), p. 374 ss.

PAGLIARO A., *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, in *Riv. Trim. dir. Pen. ec.*, 1993, p. 203 ss.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, *Parte generale*, VII ed., Milano, 2000, p. 42

PALAZZO F.C., I *confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1992, p. 468 ss.

PALAZZO F.C., voce "*Legge penale*", in *Dig. Pen.*, VII, Torino, 1993

PALAZZO F.C., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999

PALAZZO F.C., *Legalità penale. Considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, p. 1279 ss.

PALAZZO F.C., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia: il ruolo della scienza penale*, a cura di INSOLERA G., Zanichelli, Bologna, 2005, p. 89 ss.

PALAZZO F.C., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in DOLCINI E.-PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 515 ss.

PALAZZO F.C., *L'influenza dell'attività del Consiglio d'Europa sul diritto penale italiano*, in AA.VV., *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 633 ss.

PALAZZO F.C.-BERNARDI A., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezione e lontananze*, in *Riv. Intern. Dir. Uomo*, 1988, p. 33 ss.

PALAZZO F.C.-A. BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. internaz. Dei diritti dell'uomo*, 1988, p. 35 ss.

PALIERO C.E., *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 466 ss.

PALIERO C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, p. 430 ss.

PALIERO C.E., Market abuse *e legislazione penale: un connubio tormentato*, in C*orr. Merito*, 2005, p. 809 ss.

PALIERO C.E., *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, in AA.VV., *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 61 ss.

PANEBIANCO G., *Il riparto di competenze penali tra i "pilastri" dell'Unione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 405 ss.

PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Edizioni ETS, 2009

PAONESSA C., *La discrezionalità del legislatore nazionale nella cornice dei vincoli comunitari di tutela*, in *Criminalia*, 2007, p. 378 ss.

PASTORE, *Identità del testo, interpretazione letterale e contestualismo nella prospettiva ermeneutica*, in VELLUZZI V. (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 148 ss.

PATRONO P., *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Cedam, Padova, 1993

PECORARO ALBANI A., *Riserva di legge – Regolamento – Norma penale in bianco*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1959, p. 762 ss.

PECORELLA C., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo — parte II*, in *Riv. it. Dir. e proc. pen.*, 2010, p. 397 ss.

PECORELLA C., *Dichiarata finalmente illegittima la norma del caso Scoppola:* lex mitior *o tutela dell'affidamento?, in Dir. pen. proc.,* 2013, p. 1430 e ss.

PEDRAZZI C., *La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l'economia pubblica*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale, itinerari problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 1993

PEDRAZZI C., *L'influenza della produzione giuridica CEE sul diritto penale italiano*, in ID., *Diritto penale*, I, Giuffrè, Milano, 2003, p. 451 ss.

PEDRAZZI C., L*a tutela penale del segreto nel trattato Euratom*, in AA.VV., *Il diritto dell'energia nucleare*, Giuffrè, Milano, 1961

PEDRAZZI C., *Interessi economici e tutela penale*, in STILE A.M. (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985, p. 295 ss.

PEDRAZZI C., *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, in CAPPELLETTI M.-PIZZORUSSO A. (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 622 ss.

PERLINGIERI P., *Leale collaborazione tra Corte Costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, ESI, 2008, p. 59 ss.

PETRI V., *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell'ordinamento interno*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 3000 ss.

PETROCELLI B., *Norma penale e regolamento*, in ID., *Saggi di diritto penale*, Cedam, Padova, 1965, p. 157 ss.

PICOTTI L., *Presupposti e prospettive di un "sistema" di diritto penale comunitario. Aspetti sostanziali*, in BARGIS M-NOSENGO S. (a cura di), Corpus Juris*, pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale*, Atti del convegno. Alessandria, 19-21 ottobre 2001, Giuffrè, Milano, 2003

PICOTTI L., *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in ID. (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Cedam, Padova, 2004, p. 62, nota 58

PICOTTI L., *Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell'armonizzazione internazionale*, in *Dir. Internet*, 2005, p. 189 ss.

PICOTTI, *Potestà penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile "base giuridica" del Corpus Juris. In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE,* 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, Giuffré, 2000, p. 357 ss.

PICOTTI L., *L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione europea per la protezione penale degli interessi finanziari comunitari*, in *Riv. trim. Dir. proc. Pen.*, 2006, p. 615 ss.

PICOTTI L., *Potestà penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile "base giuridica" del* Corpus Juris. *In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE*, 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 strutturali*. Atti del Seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo in collaborazione con la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Catania, Catania, 18-19 giugno 1998, Giuffrè, Milano, 2000, p. 366 ss.

PICOTTI L. (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 1999

PICOTTI (a cura di), *Il* Corpus Juris *2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Cedam, Padova, 2004

PICOTTI L., *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, in CANESTRARI S.-FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 346

PICOTTI L., *Superamento della c.d. tecnica del doppio testo e tutela degli interessi europei*, in GRASSO G.-SICURELLA R., *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 350 ss.

PINELLI C., *Le tradizioni costituzionali comuni ai popoli europei fra apprendimenti e virtù trasformative*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2005, p. 11 ss.

PISANESCHI A., *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Cedam, Padova, 1998, p. 97 ss.

PISANI M., *Libertà personale e processo*, Cedam, Padova, 1974

PIVA P., *Giudice nazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2008

PIZZORUSSO A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Zanichelli, Bologna, 2002

POLACCHINI F., *CEDU e diritto dell'Unione europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 14 settembre 2010, par. 4c.

POLLICINO O.-SCIARABBA V., *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Tratto di Lisbona*, in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 101 ss.

POLLICINO O.-SCIARRABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in MEZZETTI L. (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, II, Cedam, Padova, 2011, p. 25 ss.

PREDIERI A., *La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità Europea*, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 115 ss.

PREZIOSI S., *La manipolazione del mercato nella cornice dell'ordinamento comunitario e del diritto penale italiano*, Bari, 2008

PUGIOTTO A., *Scoppola e i suoi fratelli (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione),* in *Rivista Aie,* 2013, p. 4

PULITANÒ D., *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia: il ruolo della scienza penale*, a cura di INSOLERA G., Zanichelli, Bologna, 2005, p. 121 ss.

PULITANÒ D., *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, 2006, p. 657 ss.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2011

PULITANÒ D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005

PULITANÒ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, p. 484 ss.

PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. contemp.*, 13 luglio 2015

PUSTORINO P., *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1998, p. 25 ss.

QUATTROCOLO S., *Violazioni di convenzioni internazionali e giudicato penale interno*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 647 ss.

RAIMONDI, *La Convenzione europea e la giurisprudenza italiana*, in NASCIMBENE B. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 103 ss.

RANZATTO F., *Uso delle armi per effettuare un arresto legale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 597 ss.

REPETTO G., *Diritti fondamentali e sovranità nello stato costituzionale chiuso. Prime osservazioni critiche sulla sentenza 349 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Giur. It.*, 2008, p. 309 ss.

REPOSO A., *Sul presente assetto istituzionale dell'Unione europea*, in Quad. cost., 2002, p. 101 ss.

RICCARDI G., *Le anticipazioni di tutela: aspetti regressivi del sistema penale e prospettive de jure condendo*, in *Ind. Pen.*, 2001, p. 136 ss.

RICCARDI G., *Diritto comunitario e diritto penale: l'influenza interpretativa in materia di confisca*, in SGUBBI F.-MANES V., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, p. 168

RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale,* in *Riv. it. Dir. proc. Pen.,* 1994, p. 195 ss.

RINCEANU J., *Tutela europea dei diritti dell'uomo: sviluppo, problemi attuali e processi di riforma*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2010, p. 239 ss.

RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea*, 1996

RIONDATO S., *Diritto dell'Unione europea e criminalità organizzata*, in G. FORNASARI (a cura di), *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Cedam, Padova, 2002

RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996

RIONDATO S., *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia (influenza, poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 TCE, questioni di costituzionalità)*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1997, p. 1136 ss.

RIONDATO S., *Osservatorio della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. proc. Pen.*, 2005, p. 782 ss.

RIONDATO S., *Sull'arcipelago neo-medievale del diritto penale della Comunità e dell'Unione europea. In margine al* Corpus Juris *per la protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione*, in PICOTTI L. (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 97 ss.RIZ R., *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984

RIVELLO P., *La Corte costituzionale interviene sull'istituto della revisione al fine di garantire l'obbligo di adeguamento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2011, p. 1173 ss.

RIZ R., *Diritto penale e diritto comunitario e diritto penale*, Cedam, Padova, 1984

RIZZA G.C., *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli delle 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*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 93 ss.

ROIATTI A., *Caratteristiche dei requisiti della violenza o della resistenza per legittimare l'uso delle armi*, in *Riv. pen.*, 2005, p. 50 ss.

ROMANELLI A., *Confisca urbanistica e terzi acquirenti in buona fede: verso un definitivo* revirement *giursprudenziale?*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2280 ss.

ROMANELLI A., *Ancora su confisca urbanistica e tutela dei terzi estranei al reato,* in *Giur. it.*, 2010, p. 662 ss.

ROMANO M., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte Costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2008, p. 538 ss.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, III ed., Giuffrè, Milano, 2004

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, art. 1-84, sub. Art. 1, Milano, 1987.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Giuffrè, Milano, 1995

ROMEO G., *Alle Sezioni unite la questione della possibilità per il giudice dell'esecuzione, dopo la sentenza "Scoppola" della Corte EDU, di sostituire la pena di trenta anni di reclusione alla pena dell'ergastolo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 marzo 2012

ROMEO G., *Giudicato penale e resistenza alla* lex mitior *sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013,* in *Dir. pen. com.,* 1 ottobre 2013

RONCO M., *La legge penale*, Zanichelli, Bologna, 2010, p. 8 ss.

RONCO M., *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, p. 137 ss.

RONCO M., *Struttura del fatto tipico, presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale, il requisito dell'offensività del fatto*, Zanichelli, Bologna, 2007

ROSI E. (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano: la Convenzione ONU di Palermo*, Ipsoa, Milano, 2007

ROSSI L.S., *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 567 ss.

RUEDIN B., *De minimis non curat the European Convention of Human Rights: the introduction of a new admissibility criterion (article 12 of Protocol No. 14)*, in *European Human Rights Law Review*, 2008, p. 80 ss.

RUGA RIVA C., *La nuova legge sulla droga: una legge «stupefacente» in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 2006, p. 234 ss.

RUGGERI A., *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in ID., "*Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 433 ss.

RUGGERI A., *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale (a "prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in *Diritti comparati*, 14 dicembre 2012

RUGGERI A., *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la convenzione europea dei diritti umani... ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Legisl. pen.*, 2011, p. 481

RUGGIERI F., *Il principio del mutuo riconoscimento alle nuove prospettive della cooperazione in materia penale alla luce del Trattato di Lisbona. Il plus valore della creazione del pubblico ministero europeo*, in G. GRASSO-L. PICOTTI- R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011

SALAZAR L., *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 1658 ss.

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

SALCUNI G., *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano

SALCUNI G., *L'europeizzazione del diritto penale. Obblighi di tutela penale, meritevolezza e bisogno di pena*, Foggia, 2005

SALCUNI G., *La tutela penale delle finanze comunitarie. Controllo penale* vs *cogestione delle risorse pubbliche*, in *Riv. trim. Dir. proc. Pen.*, 2005, p. 758 ss.

SALCUNI G., *La nozione comunitaria di pena: preludio ad una teoria comunitaria del reato?*, in *Riv. trim. dir. pen. Ec.*, 2002, p. 231 ss.

SALCUNI G., *Il "canto del cigno" degli obblighi comunitari/costituzionali di tutela: il caso del falso in Bilancio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 93 ss.

SALMONI F., *La Corte costituzionale, la Corte di giustizia CE e la tutela dei diritti fondamentali*, in FALZEA P.-SPADARO A.-VENTURA L. (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 306

SAMMARCO G., *Interessi comunitari e tecniche di tutela penale*, Giuffrè, Milano, 2002

SÀNCHEZ S., *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società post industriali*, Giuffrè, Milano, 2004

SATZGER H., *Politica criminale europea: pericoli o prospettive per gli ordinamenti penali nazionali all'interno dell'Unione europea*, in PALIERO C.E.-VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, 2013, p. 285 ss.

SCACCIANOCE C., *La retroattività della* lex mitior *nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Arch. Pen.*, 2013, n. 1

SCARCELLA, *Lottizzazione abusiva, confisca e buona fede dei proprietari estranei al reato: revirement della Cassazione?*, in *Urban. e appalti*, 2009, p. 371 ss.

SCHULZE, *Un nouveau domaine de recherche en Allemagne: l'histoire du droit européen*, in *Rev. Dr. Franç. Étr.*, 1992, p. 39.

SCHÜNEMANN B., *Un progetto alternativo per l'europeizzazione del diritto penale*, in ID., *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, I, Giuffrè, Milano, 2007, p. 12 ss.

SCOLETTA M., *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in PALIERO C.E.-VIGANÒ F., *Europa e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 203

SCOLETTA M., *Norme penali "convenzionalmente illegittime" e questioni incidentali di costituzionalità in sede esecutiva: il dogma del giudicato sul viale del tramonto,* in *www.federalismi.it*, 28 marzo 2014

SCOLETTA M., *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in PALIERO C.E.-VIGANÒ F., *Europa e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 218

SCORRANO M.G., *Il principio dell'effetto utile,* in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo, II, L'esercizio delle competenze*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 349 ss.

SELVAGO M., *La dimensione temporale nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale e nella successiva giurisprudenza di legittimità*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 1376 ss.

SEMINARA S., Insider trading *e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1989

SEMINARA S., *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione di mercato*, in *Dir. Proc. Pen.*, 2006, p. 14 ss.

SERRANI A., *L'adeguamento del giudicato penale* in executivis *e il difficile rapporto tra giudizio abbreviato ed ergastolo,* in *Archivio penale,* n. 2/2013

SEVENSTER H.G., *Criminal Law and EC Law*, in *Common Market Law Review*, 1992

SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, 1990

SGUBBI F., *Il risparmio come oggetto di tutela*, in *Foro it.* 2002, V, p. 136 ss.

SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 142 ss.

SGUEO G., *Il* deficit *democratico dell'Unione europea e il ruolo del Parlamento*, in *www.diritto.it*

SICURELLA R., *La tutela «mediata» degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'unione*

europea, in GRASSO G.-SICURELLA R. (a cura di), in *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 245 ss.

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*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 191 ss.

SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema giuridico integrato di tutela dei beni giuridici soprannazionali e beni giuridici di interesse comune*, Giuffrè, Milano, 2005

SICURELLA R., *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, vol. IV, p. 2584 ss.

SICURELLA R., *Il* Corpus Juris *e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, in GRASSO G.-SICURELLA R., *Il* Corpus Juris *2000. Modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 72 ss.

SILVESTRI G., *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Pol. Dir.*, p. 149 ss.

SILVESTRI G., *Verso uno* ius commune *europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006

SILVESTRI G., *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari, 2009, p. 94 s.

SILVESTRI G., *La tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo la Carta di Nizza*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Giappichelli, Torino, 2005, p. 605 ss.

SINISCALCO F., *Giustizia penale e Costituzione*, Eri, Torino, 1966, p. 40 ss.

SIRACUSA L., *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo «tassello» della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, p. 251

SORRENTINO F., *Le fonti del diritto*, in AMATO G.- BARBERA A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. I, *Diritto pubblico generale*, Il Mulino, Bologna, 1975, p. 117 ss.

SOTIS C., I*l caso Pupino: profili sostanziali*, in AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bononia University press., Bologna, 2007, p. 33 ss.

SOTIS C., *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007

SOTIS C., I*l Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 1146 ss.

SOTIS C., *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in P. BILANCIA – M. D'AMICO (a cura di), *Il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 137 ss.

SOTIS C., *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, in PALIERO C.E.–VIGANÒ F., *Europa e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2013

SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?* In *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, p. 171 ss.

SOTTILI M., *Inapplicabilità ai terzi in buona fede del sequestro preventivo di immobili lottizzati abusivamente*, in *Riv. pen.*, 2010, p. 402 ss.

SPAGNOLO, *Breve commento alle nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione della pericolosità sociale*, in *Riv. Trim. dir. Pen. ec.*, 1990, p. 210 ss.

SPASARI M., *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 1 ss.

STELLA F., *Scienza e norma nella pratica dell'igiene industriale*, in R*iv. it. Dir. proc. Pen.*, 1999, p. 391 ss.

STELLA RICHTER P., Po*stilla a Duni, Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, in *Giust. Civ.*, 2008, p. 63 ss.

STORELLI F., *Diritto penale comunitario. Profili sostanziali, processuali, collaborazione investigativa e giudiziaria*, Itaedizioni, Torino, 2006

STORTONI L., *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2004, p. 75 ss.

STROZZI G., *Diritto istituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 84 ss.

TAMIETTI A., *Un caso di cattiva applicazione della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto alla vita*, in *Cass pen.*, 2003, p. 3835 ss.

TERRACINA, *La truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ed il ruolo del bene giuridico nella fattispecie di reato*, in *Ind. Pen.*, 2003, p. 667 ss.

TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2010

TIEDEMANN K., *Il diritto penale dell'economia: suo ambito e significato per il diritto penale e l'economia*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.,* 1988, p. 1 ss.

TIEDEMANN K., *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, p. 14 ss.

TIEDEMANN K., *Diritto penale e diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 217 ss.

TIEDEMANN K., *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994

TRAPANI M., voce *"Legge penale", I, Fonti*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990

TRIPODI A.F., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 marzo 2014

TUCCI G., *Confisca "urbanistica" e tutela del mercato tra la Costituzione italiana e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2009, p. 614 ss.

UBERTIS G., *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1542 ss.

VACCA L., *L'integrazione dell'ordinamento comunitario con il diritto degli Stati membri e con i principi generali di diritto*, in *Dir. Com. scambi intern.*, 1991, p. 339 ss.

VAGLIASINDI G.M., *Diritto penale ambientale e diretta efficacia delle direttive comunitarie*, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 275 ss.

VALLINI A., *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 170 ss.

VASSALLI F., voce "Nullum crimen, nulla poena sine lege", in *Dig. Pen.*, VIII, 1994, p. 278 ss.

VASSALLI F., voce *"Tipicità (diritto penale)"*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 535 ss.

VASSALLI F., voce "Nullum crimen sine lege", in *Novissimo dig.*, App., V, Torino, 1984, p. 292 ss.

VASSALLI F., voce "Nullum crimen sine lege", in *Novissimo Dig.*, XI, Torino, 1965, p. 493 ss.

VASSALLI G., Abolitio criminis *e principi costituzionali*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 1983, p. 377 ss.

VASSALLI G., *Analogia nel diritto penale*, in *Dir. proc. pen.*, I, 1987, p. 159 ss.

VERRI P., *Sulla interpretazione delle leggi, n. 28, II, in Il Caffè, 1765* e in ID., *Opere varie*, a cura di VALERI N., Firenze, 1947, p. 209

VELLUZZI V., *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, in *www.academia.edu*

VENEGONI A., *Alcune buone ragioni per l'istituzione di un Ufficio del Procuratore europeo*, in *www.penalecontemporaneo.it*

VERRI P., *Sulla interpretazione delle leggi*, n. 28, II, della rivista ll Caffè, in ID., *Opere varie*, N. VALERI (a cura di), Firenze, 1947

VERVAELE J.A.E., *La contraffazione dell'euro: verso una federalizzazione del diritto penale dell'UE?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, p. 965 ss.

VIGANÒ F., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. proc. Pen.*, 2005, p. 298 ss.

VIGANÒ F., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in CORSO P.-ZANETTI E. (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, La Tribuna, Piacenza, 2010

VIGANÒ F., *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 9 ss.

VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 84 ss.

VIGANÒ F., *Sulla nuova legittima difesa*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 2006, p. 214 s.

VIGANÒ F., *Spunti per un progetto alternativo di riforma della legittima difesa*, in E. DOLCINI- C.E. PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 2024 ss.

VIGANÒ F., *Obblighi convenzionali di tutela penale*, in AA. VV., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di MANES-ZAGREBELSKY, Giuffrè, 2011

VIGANÒ F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte Costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo". Qualche osservazionale dall'angolo visuale di un penalista*, in *Dir. pen. contemp.*, 2014

VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e* ne bis idem*: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della carta?,* in *www.penalecontemporaneo.it*

VIGANÒ F., *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in *Dir. Pen. Contem.*, 10 aprile 2012, p. 4 e ss.

VIGANÒ F., *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali. Una replica a Gioacchino Romeo sulla vicenda dei 'fratelli minori" di Scoppola all'esame delle Sezioni Unite della Cassazione,* in *www.penalecontemporaneo.it*

VIGANÒ F., *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno,* in *Diritto penale contemporaneo,* 9 gennaio 2013

VIGANÒ F., *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in *Dir. pen. contemp.*, 26 aprile 2016

VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano, I, Concetto, Fonti, Validità, Interpretazione*, II ed., Cedam, Padova, 2009, p. 83 ss.

VINCIGUERRA S., *Appunti su lottizzazione abusiva e confisca*, in *Giur. it.*, 2005, c. 1912 ss.

VIZZARDI M., *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare?*, in *Riv. il. dir. proc. pen.*, 2006, p. 704 ss.

VOGLIOTTI M., *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. Dir.*, 2001, p. 664 ss.

VOGLIOTTI M., *La "rhapsodie": fecondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, in *Rev. inter. Étud. Jur.,* 2001, p. 141 ss.

VOZZA D., *I confini applicativi del principio del* ne bis in idem *interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont*., 15 aprile 2013

ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in MANES V.-ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 69 ss.

ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, n. 1/2009

ZAGREBELSKY V., *La legge e la sua giustizia,* Il Mulino, 2008, p. 260 ss.

ZAGREBELSKY V., *Le Corti supreme nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3114 ss.

ZANNOTTI R., *La tutela penale del mercato finanziario*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 48 ss.

ZILLER J., *Il nuovo Trattato europeo*, Zanichelli, Bologna, 2007

ZUCCALÀ G., *L'infedeltà nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1961

ZUCCALÀ, *L'unitario diritto penale europeo come meta del diritto penale comparato*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2002, p. 610 ss.